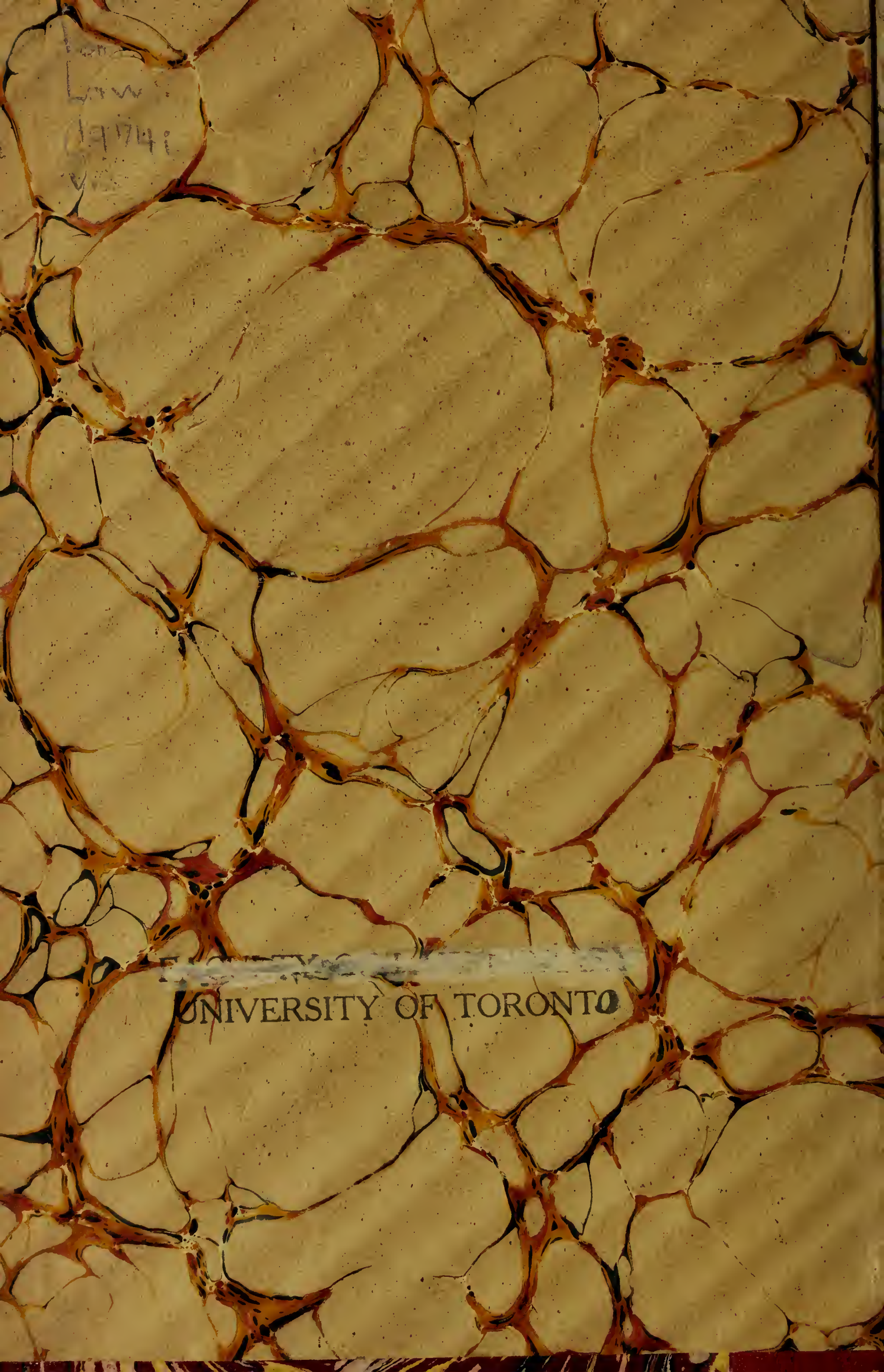
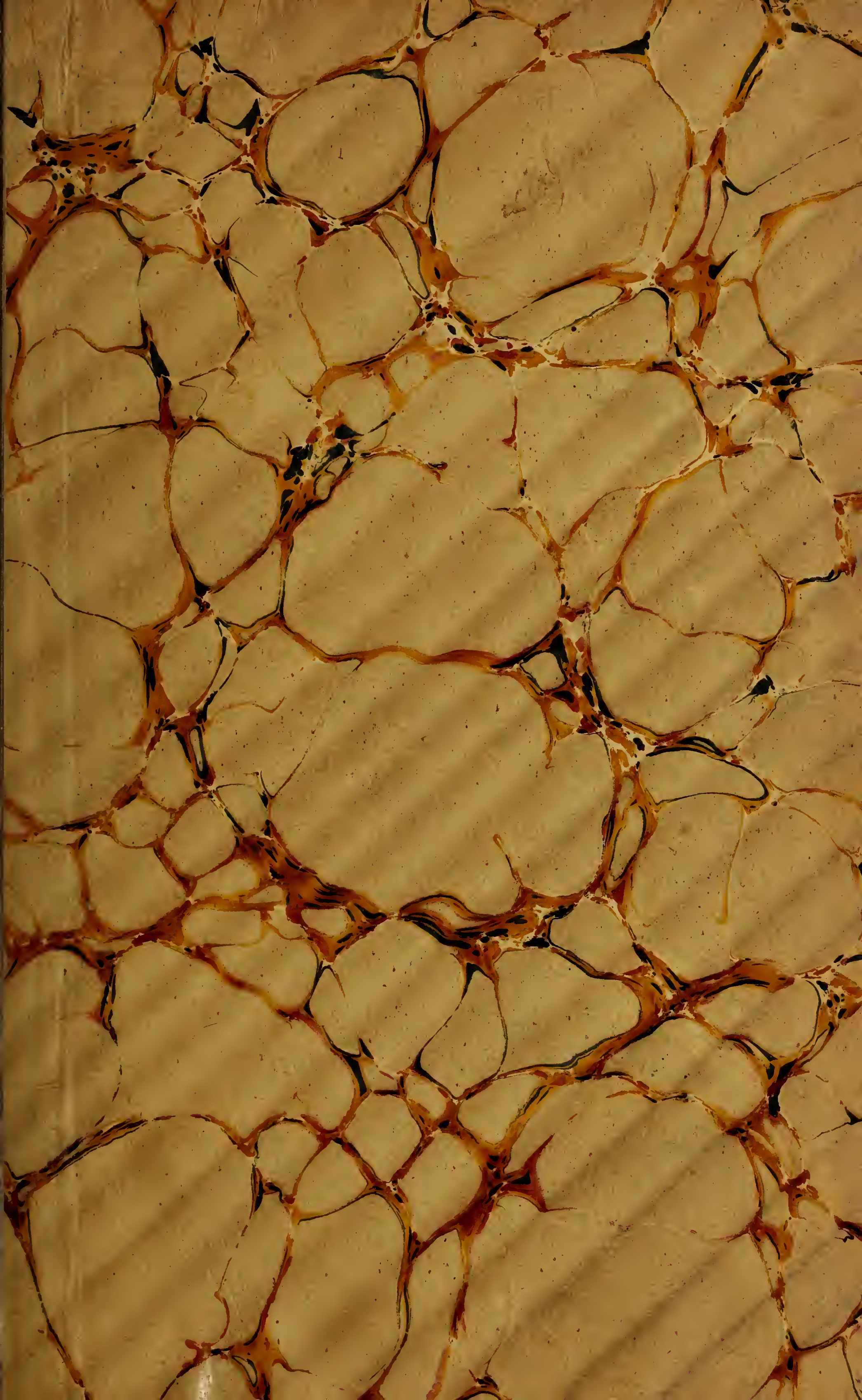

3 1761 09545228 0


UNIVERSITY OF TORONTO



LES
INSTITUTIONS JURIDIQUES
DES ROMAINS

DU MÊME AUTEUR :

Études d'épigraphie juridique (21e fascicule de la Bibliothèque des Écoles françaises d'Athènes et de Rome), 1881, in-8°.

Les Juges plébéiens de la colonie de Narbonne, 1881, in-8°.

Le Conseil des empereurs d'Auguste à Dioclétien (Extrait des Mémoires de l'Académie des inscriptions et belles-lettres), 1884, in-4°.

Le Mariage de Vespasien, d'après Suétone, 1884, in-8°.

Recherches historiques sur le testament *per æs et libram*, 1886, in-8°.

Lettre sur l'enseignement historique du droit romain, 1886, in-8°.

De la nature des crimes imputés aux chrétiens, d'après Tacite, 1888, in-8°.

L'Examinatio per Ægyptum, 1893, in-8°.

Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'Empire, 1894, in-8°.

Les Préfets du Prétoire, tome X des œuvres de Borghesi, publié par les soins de l'Académie des inscriptions et belles-lettres, sous la direction de W.-H. Waddington et de A. Héron de Villefosse, 1897, 2 vol. in-4°.

L'ἔπαρχος Ῥώμης, 1897, in-8°.

Le Colonat partiaire dans l'Afrique romaine (Extrait des Mémoires de l'Académie des inscriptions et belles-lettres), 1897, in-4°.

Trois nouveaux documents sur les *Cognitiones Cæsarianæ*, 1899, in-8°.

Les Vice-Préfets du Prétoire, 1899, in-8°.

Les Préfets du Prétoire régionaux, 1903, in-8°.

De l'utilité des « Schede » de Borghesi sur les préfets du Prétoire, pour l'étude de la législation du Bas-Empire, 1904, in-8°.

Une Fondation en faveur des collèges municipaux de Préneste, 1904, in-8°.

Le Mariage à Babylone, d'après les lois de Hammourabi, 1905, in-8°.

La Propriété foncière en Chaldée, d'après les pierres-limites (Koudourrous) du Musée du Louvre, 1906, in-8°.

Un Règlement administratif sur l'exploitation des mines au temps d'Hadrien, 1907, in-8°.

LES

INSTITUTIONS JURIDIQUES DES ROMAINS

PAR

ÉDOUARD CUQ

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

TOME SECOND

LE DROIT CLASSIQUE

ET

LE DROIT DU BAS-EMPIRE

ÉDITION COMPLÉTÉE PAR UN INDEX ALPHABÉTIQUE

Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques



PARIS

LIBRAIRIE PLON
PLON-NOURRIT ET Cie
IMPRIMEURS-ÉDITEURS
8, rue Garancière

LIBRAIRIE GÉNÉRALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
F. PICHON ET DURAND-AUZIAS
ADMINISTRATEURS
20, rue Soufflot, 5e

1908

PRÉFACE

Le second volume des *Institutions juridiques des Romains* comprend deux parties d'étendue très inégale : la partie principale est consacrée au droit classique. Le droit du Bas-Empire, et spécialement la législation de Justinien, qui pendant si longtemps ont tenu la place prépondérante dans l'enseignement des Facultés de droit, sont mis ici au second plan. Cette innovation ne surprendra aucun de ceux qui savent quel est actuellement l'objet de l'étude du droit romain; mais, pour beaucoup de lecteurs, elle a besoin d'une explication.

Tant que le droit romain a été susceptible d'une application pratique dans certaines régions de la France, on a dû l'envisager dans l'état où le présentaient les recueils législatifs de Justinien. Cette nécessité n'existe plus depuis la promulgation du Code civil; aussi est-il difficile de comprendre comment, pendant la moitié du dernier siècle, les programmes officiels ont restreint l'étude du droit romain à l'explication des Institutes de Justinien. Les décrets du 4 février 1853 et du 24 juillet 1889 ont fait disparaître peu à peu cette anomalie ; le décret du 30 avril 1895 a pris plus nettement position et affirmé le caractère exclusivement historique de l'enseignement du droit romain. Dès lors il n'y a plus lieu de le renfermer dans les limites du Bas-Empire; il faut parfois remonter à l'ancien droit, presque toujours au droit classique. Ce que l'on demande à chacune des trois grandes périodes de l'histoire du droit romain doit être proportionné à l'importance des matériaux qu'elles fournissent au droit moderne. C'est en effet en raison de son utilité actuelle que le droit romain

doit surtout être étudié. Cette utilité, que nous avons indiquée pour l'ancien droit considéré comme introduction à l'histoire comparative des institutions et du droit (t. I[er], p. XXIII), est plus manifeste encore et plus immédiate pour le droit classique et pour le droit du Bas-Empire : elle existe à trois points de vue.

1° Le droit classique et le droit du Bas-Empire sont la source du droit moderne. En cessant d'être en vigueur, le droit romain n'a pas disparu tout entier. Il n'en est pas de lui comme de ces lois de circonstance dont on garde à peine le souvenir après leur abrogation : il a été plutôt transformé qu'abrogé. Un grand nombre de ses dispositions ont été accueillies dans les Codes modernes, aussi bien dans notre Code civil de 1804 que dans le Code allemand promulgué en 1896. Pour retrouver la raison d'être et pour déterminer le sens de ces dispositions, il faut remonter à leur origine, au droit romain.

2° Le droit classique a formulé des principes et inauguré une méthode de coordination des règles de droit qui ont conservé, de nos jours, toute leur valeur. C'est à lui que l'on doit ces catégories de la pensée juridique, qui ont été adoptées par tous les peuples civilisés, par ceux-là même dont la législation s'est formée en dehors de l'influence de Rome. Suivant la remarque d'un jurisconsulte anglais, Sumner Maine, le droit romain est devenu, dans la seconde moitié du dernier siècle, « la *lingua franca* de la jurisprudence universelle » (*Études d'histoire du droit*, p. 404). L'étude du droit romain est donc nécessaire pour comprendre la langue commune aux jurisconsultes de tous les pays; c'est la meilleure préparation à l'étude du droit international et du droit civil comparé.

3° Les jurisconsultes classiques ont fixé la méthode à suivre pour l'application des règles de droit : c'est la méthode déductive tempérée par l'équité. Ils ont montré que cette méthode est la plus sûre garantie des droits individuels en écartant l'arbitraire du magistrat ou du juge, mais aussi qu'elle conduit facilement à l'injustice si elle n'est contenue dans de certaines limites. La conciliation du droit strict et de l'équité exige un tact délicat, un sens de la mesure que l'on peut acquérir en observant les nombreux exemples que fournit le droit classique.

Tels sont les trois points de vue sous lesquels l'étude du droit romain présente aujourd'hui encore une utilité pratique : le

premier est spécial aux peuples dont la législation s'est inspirée du droit romain; les deux autres ont un caractère général, une valeur indépendante des origines de la législation. L'utilité du droit romain à cet égard est si universellement reconnue que, depuis moins de trente ans, les nations les plus étrangères au droit romain par leurs traditions, comme l'Angleterre, les États-Unis, la Russie, ont introduit dans leurs universités l'enseignement du droit romain.

Cette remarque n'est pas superflue à une époque où certains esprits se demandent à quoi sert le droit romain, et affirment que l'étude des lois modernes se suffit à elle-même, pourvu qu'elle soit éclairée par l'économie politique. Ils considèrent volontiers le droit romain comme un lest inutile, quelques-uns même comme un obstacle au progrès du droit. Ils oublient que l'étude des traditions est le meilleur moyen de se préserver des utopies, d'écarter la fantaisie, les tentatives téméraires que rien ne prépare et n'autorise. L'étude de l'histoire du droit romain nous apprend à quelles conditions se réalise le progrès du droit : jamais droit n'a été plus souple, plus accessible aux idées généreuses que le droit classique.

Nous n'insisterons pas sur ce point, que nous avons développé dans l'introduction à notre premier volume. Nous signalerons seulement une modification de forme dans la rédaction du second volume. L'étude d'une législation morte soulève un grand nombre de questions de pure érudition : les unes relatives à l'établissement des textes qui nous sont parvenus plus ou moins altérés, les autres concernant les faits historiques. Ces questions, qu'il importe au point de vue scientifique d'examiner et de résoudre, n'intéressent la majorité des lecteurs que par leurs résultats : nous les avons exclues du texte pour les traiter dans les notes. Nous avons également placé dans les notes, avec les documents justificatifs et la bibliographie, la plupart des exemples destinés à éclairer les propositions énoncées dans le texte. Grâce à ce procédé, nous avons pu, sans augmenter sensiblement le nombre des pages du volume, condenser une plus grande quantité de matières, joindre à l'histoire des sources et des institutions celle des doctrines juridiques.

Paris, 30 juin 1902.

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT CLASSIQUE

I. Limites de la période classique. — La période classique du droit romain comprend un peu plus d'un siècle : elle commence avec le règne d'Hadrien et finit avec celui d'Alexandre Sévère. C'est l'époque où la jurisprudence atteint son complet épanouissement. On ne peut séparer d'une manière absolue cette période ni de celle qui la précède, ni de celle qui la suit immédiatement. S'il n'y a plus de divergences d'écoles comme dans la première, si les théories neuves n'y font pas défaut comme dans la seconde, elle résume les progrès réalisés par l'effort puissant des jurisconsultes de la fin de la République et du premier siècle de l'Empire ; elle a inspiré les rescrits des empereurs de la fin du III[e] siècle, particulièrement ceux de Dioclétien. Pour la bien connaître, il est nécessaire de ne pas se renfermer dans les limites étroites du siècle des Antonins et des Sévères : il convient de remonter aux origines, au temps de ce jurisconsulte qui, le premier, a ordonné les règles du droit civil : Q. Mucius, et de suivre le mouvement de la législation jusqu'à l'avènement de Constantin.

II. Utilité d'une étude spéciale du droit classique. — Le droit de cette période doit à la perfection de sa jurisprudence le surnom de *classique :* il mérite une étude à part. Le plan que nous suivons dans l'exposé des institutions juridiques se prête tout naturellement à cette étude. Dans les traités de droit romain où l'on décrit dans une suite ininterrompue les phases diverses traversées par chaque institution depuis son origine jusqu'à Justinien, le lecteur perd aisément de vue les caractères propres à

chaque période, et il n'est pas rare d'entendre reprocher au droit romain en général la rigueur et le formalisme de l'ancien droit, ou le défaut de mesure des législateurs du Bas-Empire. Cet inconvénient n'est pas à craindre lorsqu'on envisage séparément l'ancien droit, le droit classique et le droit du Bas-Empire. Les différences profondes qui existent entre les institutions de chacune de ces trois grandes époques apparaissent plus nettement à l'esprit. L'impression qui s'en dégage est plus forte.

Les avantages de cette méthode sont manifestes : elle s'impose à qui veut mettre en valeur les qualités qui distinguent les jurisconsultes classiques, non pas seulement la solidité du raisonnement, comme le disait Leibnitz, mais surtout l'esprit d'invention scientifique, le sens pratique, le souci de tempérer le droit par l'équité.

III. Plan. — L'ordre à suivre dans l'exposé du droit classique peut être conçu de plusieurs manières. Le parti le plus sûr nous paraît être d'adopter la division proposée par un jurisconsulte du siècle des Antonins, Gaius, dans son manuel élémentaire appelé *Institutiones*. Tandis que dans l'ancien droit les institutions juridiques se ramènent à deux objets principaux, la maison et la famille, la division indiquée par Gaius a un triple objet : les personnes, les choses, les actions.

Le caractère systématique du droit nouveau apparaît dans cette division. Au lieu d'envisager les règles applicables aux membres de la famille, suivant la situation qu'ils occupent, le droit s'élève à une notion abstraite, celle de la personne, de l'être humain en vue duquel le droit est établi. De même, au lieu d'envisager la maison dans son ensemble comme soumise à un droit unique, celui du maître, on examine les choses qu'elle renferme pour déterminer la nature des droits que le maître a sur elles. Enfin, la multiplicité des droits rend nécessaire l'étude de la sanction qui leur est propre.

Cette division du droit se rapproche de celle des modernes. On considère aujourd'hui le droit privé comme contenant l'ensemble des règles gouvernant les rapports de droit qui se forment entre particuliers. Or, tout rapport juridique est le résultat d'une manifestation de la volonté de l'homme dans la sphère du droit. Il suppose donc trois éléments essentiels : un sujet qui a manifesté son activité, un objet auquel s'est appliquée cette activité, une sanction donnée par la loi à la manifestation de cette activité (1).

(1) A côté d'une division aussi nette, les deux premiers termes de celle des Romains paraissent vagues et sans portée théorique : entre les êtres humains capables

Si, dans ses lignes générales, le plan proposé par Gaius est généralement accepté, il a été vivement critiqué dans ses détails (1). Sans nous astreindre à le suivre servilement, nous examinerons les institutions juridiques relatives : 1° aux personnes; 2° à la propriété et aux droits réels sur la chose d'autrui; 3° aux obligations; 4° aux successions à cause de mort. Nous ferons précéder cet exposé d'une étude sur la formation du droit classique; nous le ferons suivre d'une étude sur les actions et la procédure.

d'avoir des droits, il y a autant de différences qu'entre les choses susceptibles d'être l'objet d'un droit. Comment classer dans une même catégorie des individualités si distinctes? Quelle idée commune peuvent recéler des mots qui s'appliquent à des variétés indéfinies? Cette idée, c'est l'idée fondamentale dont tout législateur doit poursuivre la réalisation : faire abstraction des différences, des inégalités individuelles. C'est la condition indispensable pour que la notion du droit atteigne toute sa pureté. Les Romains l'ont compris; ils ont eu le mérite de dégager et de mettre en relief une qualité commune à tous les hommes et d'en faire le principe fondamental du droit : la qualité de personne est attribuée à l'homme sans qu'on se préoccupe de son état intellectuel, physique ou moral. Les Romains n'ont fait qu'une réserve : ils n'ont pu se résoudre à faire abstraction de la condition sociale. De même tous les corps qui existent dans la nature sont, malgré leur extrême variété, semblables au point de vue du droit : ils se ramènent à la notion unique de choses. Ce mot exprime une qualité générale, commune à tous les biens qui sont dans la nature, c'est d'être affectés aux besoins de l'homme et d'être à sa disposition. Le droit s'occupe exclusivement de réglementer et de protéger contre toute atteinte le pouvoir de l'homme sur ces biens.

(1) Cf. P. Krueger, *Geschichte der Quellen,* trad. Brissaud, p. 252. Sur la valeur de ces critiques, cf. Glasson, *Etude sur Gaius,* 1885, p. 132.

LIVRE PREMIER

FORMATION DU DROIT CLASSIQUE

CHAPITRE PREMIER

La notion du droit. Ses rapports avec l'état social.

I

NOTION DU DROIT.

A la première page du Digeste, Justinien a inscrit cette définition du droit d'après Celsus : *Jus est ars boni et æqui* (1). Le droit est un art : c'est donc autre chose que la nomenclature des règles posées par le législateur ou consacrées par la coutume, autre chose que les décisions d'espèce rendues par les tribunaux (2). Le droit est un ensemble de règles systématiquement coordonnées. Ces règles sont celles du *bonum* et de l'*æquum* : *bonum*, c'est l'usage des honnêtes gens; *æquum*, c'est la règle qui prescrit de tenir la balance égale, d'empêcher l'un des plaideurs de s'enrichir aux dépens de l'autre (T. I[er], 666). Ulpien exprime une idée analogue lorsqu'il rapporte ces trois préceptes fondamentaux du droit : *honeste vivere*, *alterum non lædere*, *suum cuique tribuere*.

Le droit, aux yeux des jurisconsultes des II[e] et III[e] siècles, est donc une règle de conduite. Cette règle, dont l'observation n'avait tout d'abord été assurée d'une manière générale que par voie d'arbitrage, est désormais sanctionnée par la puissance publique.

Cette notion du droit se rapproche beaucoup de la notion moderne. Le droit n'est pas encore une règle des actions *humaines*,

(1) Ulp., 1 Inst. D., I, 1, 1 pr.

(2) Le sens du mot *ars*, appliqué au droit, ressort d'un passage de Cicéron (Gell., I, 22). Cicéron reproche aux jurisconsultes de son temps de réduire leur science à l'examen des cas particuliers sans les ramener à des principes généraux. Il conseille de faire un exposé systématique du droit civil : *jus civile in artem redigere*.

car il y a une classe d'hommes, celle des esclaves, qui, en principe, est en dehors de la sphère du droit : c'est du moins une règle de conduite pour les membres de la cité dans leurs rapports soit avec leurs concitoyens, soit avec les pérégrins. De plus, comme les empereurs ont, à certains égards, imposé aux maîtres des devoirs envers leurs esclaves, le droit est aussi, dans une certaine mesure, une règle de conduite pour les membres de la cité dans leurs rapports avec leurs esclaves.

Le droit, règle générale de conduite dans les rapports d'affaires entre hommes libres, voilà une notion bien autrement large que celle des Romains des premiers siècles (I, 22 · 593).

L'extension de la notion du droit, au double point de vue des rapports sanctionnés par la puissance publique et des personnes admises à réclamer la protection du droit, est la conséquence des changements survenus dans l'état social.

II

L'ÉTAT SOCIAL ET ÉCONOMIQUE AU DERNIER SIÈCLE DE LA REPUBLIQUE.

Parmi les faits qui ont contribué à modifier l'état de la société romaine, il en est plusieurs qui ont exercé une influence prépondérante : 1° la concession du droit de cité à tous les Italiens après la guerre sociale; 2° la disparition de la classe des cultivateurs; 3° le séjour à l'étranger d'un grand nombre d'Italiens, fonctionnaires, soldats et commerçants; l'établissement à Rome d'une foule de provinciaux libres ou esclaves; 4° l'affaiblissement de la moralité, résultant de causes qui remontent en partie à la période antérieure, mais dont l'effet s'est accentué à la suite des guerres civiles et des proscriptions.

I. Concession du droit de cité aux Italiens. — Au commencement du VIIe siècle, l'Italie comprenait, en dehors du territoire romain divisé en 35 tribus, des colonies et des municipes jouissant du droit de cité, des préfectures et des municipes gratifiés de la *civitas sine suffragio,* puis des cités alliées. Les préfectures et les municipes *sine suffragio* obtinrent successivement le droit de cité complet et purent dès lors profiter de tous les avantages qui y étaient attachés. Moins heureux, les alliés se heurtèrent pendant longtemps à une opposition invincible : trois fois ils trouvèrent des consuls et des tribuns disposés à solliciter pour eux le droit de cité, et trois fois, en 629, 632 et 662, leur projet fut écarté. En 659, le consul Q. Mucius Scævola fit expulser de

Rome tous les Italiens qui avaient cherché à usurper le droit de cité. Les alliés prirent les armes et, après une guerre sanglante, obtinrent le privilège qu'ils ambitionnaient : les lois Julia (664) et Plautia Papiria (665) accordèrent le droit de cité à tous les Italiens, à l'exception des Lucaniens et des Samnites qui durent attendre jusqu'en 667. La loi Cornelia de 673 retira ce bénéfice à quelques municipes situés notamment en Etrurie, mais en 695, il leur fut rendu par Jules César. Quelques années plus tard, en 713, la Gaule Cisalpine, dont les habitants avaient obtenu le droit de cité par la loi Pompeia de 665 et par la loi Roscia de 705 (?), fut incorporée à l'Italie.

L'extension du droit de cité eut pour résultat de faire pénétrer la langue et les coutumes des Romains dans des régions jusqu'alors réfractaires, comme l'Etrurie et le Samnium, et dans les villes grecques du sud de la péninsule (1). Elle eut en outre une double conséquence : 1° Rome est la capitale d'un grand État, et cependant la jouissance des droits politiques est attachée non pas à la qualité d'Italien, mais à celle de citoyen de Rome. Il y a là un désaccord entre le fait et le droit ; on l'a dissimulé grâce à la fiction : Rome est la patrie commune de tous les Italiens (2). 2° Le droit romain est applicable à toute l'Italie (3), et cependant les institutions qu'il consacre sont celles qui avaient été, quatre siècles plus tôt, appropriées aux besoins d'une petite cité du Latium. Ici encore il y a un défaut d'harmonie entre les moyens employés et le but à atteindre, défaut que la jurisprudence, l'édit du Préteur et plus tard les constitutions impériales s'efforcèrent d'atténuer

II. Disparition de la classe des cultivateurs. — Ruinée par les guerres puniques, par l'effet des lois frumentaires, par les guerres civiles, la classe des cultivateurs disparaît presque entièrement, tandis que le commerce et l'industrie continuent à se développer et à enrichir un petit nombre de capitalistes. La suppression de la classe moyenne eut un double effet politique et social : 1° le centre de gravité de la République est déplacé. Dans les comices, la prépondérance passe des tribus rurales à la plèbe urbaine plus accessible à la corruption. Des ambitieux sans scrupules vont diriger les affaires publiques au gré de leurs passions et de leurs intérêts personnels, sans se soucier du bien de l'État ; 2° la concentration de la fortune mobilière et immobilière entre les mains d'une oligarchie égoïste, accentue le

(1) Cic., p. *Balbo*, 8.
(2) Cic., *de leg.*, II, 2.
(3) Serv. ap., Gell., IV, 4.

contraste entre la richesse des sénateurs et des chevaliers et la misère de la plèbe. A maintes reprises, la question sociale se pose; une série de lois agraires et frumentaires essaient de la résoudre.

III. Émigration. — Au VIIe siècle, Romains et Italiens vont chercher fortune dans les provinces. Le courant d'émigration, qui se manifestait depuis quelque temps (I, 456, 3-4), s'accentue et prend un développement de plus en plus considérable : l'Asie Mineure, les Gaules sont pleines de marchands et de banquiers romains. Les vides qui se produisaient dans la population de l'Italie étaient comblés par la foule des étrangers, Grecs et Orientaux pour la plupart, qui venaient à Rome comme médecins, précepteurs, artisans, etc. Cet élément exotique n'était pas toujours accueilli sans protestation. En 615, un édit du préteur Cn. Cornelius Scipio, décrète l'expulsion des Chaldéens et des Juifs (1). En 628, 632, 689, la loi et l'édit prennent une mesure analogue à l'égard des pérégrins (2) sans réussir à arrêter le courant qui les amène chaque année à Rome (3). Joignez à cela les esclaves de toute provenance qui se vendent sur les marchés d'Italie, et dont le nombre devait être singulièrement élevé si l'on en juge par les guerres qu'ils soutinrent victorieusement contre les Romains, sous la conduite de Spartacus (681-683), jusqu'au jour où 40,000 d'entre eux restèrent sur le champ de bataille.

IV. Affaiblissement de la moralité publique. — L'influence de la Grèce, si bienfaisante à d'autres égards (p. 39, 4), fit perdre au peuple romain les qualités qui jusqu'alors avaient fait sa force : la simplicité, la gravité, la prudence, la loyauté (4). « Les Grecs sont les inventeurs de tous les crimes, » disait Pline. « Évitez leur entretien, dit Sénèque ; ce sont eux qui insinuent le vice et le propagent (5). » Ce n'est pas sans raison que la *fides græca* ou *punica* (6) est tant décriée. On n'entend parler que de dol, de fraude, de parjure, de violence, de concussion. La *fides Romana* elle-même chancelle : elle a besoin d'être raffermie par les préceptes des philosophes. L'amour paternel, la piété filiale s'affaiblissent; les divorces, les adultères se multiplient. Le tribunal domestique est sans autorité. La justice publique se subs-

(1) Val. Max., I, 3, 2.
(2) Plut., *C. Gracch.* 12; Orelli, *Onomast. Tull. III*, 198, 224.
(3) En 708, Cic. ad fam., IX, 15, 2 : *In urbem nostram est infusa peregrinitas nunc vero etiam braccatis et transalpinis nationibus.*
(4) Plin., *Ep.*, I, 14.
(5) Plin., *H. n.*, XV, 5 ; Sen., *Ep.*, 123.
(6) Plaut., *Asin.*, II, 3, 47; *Pœn.*, pr., 12.

titue à la justice privée, et encore est-elle loin d'être sans reproche : sénateurs ou chevaliers subissent trop facilement l'influence des partis politiques. La loi, l'édit du préteur, la jurisprudence unissent leurs efforts pour enrayer les progrès de l'immoralité dans la vie publique et privée.

III

L'ÉTAT SOCIAL ET ÉCONOMIQUE AUX TROIS PREMIERS SIÈCLES DE L'EMPIRE.

I. LE PRINCIPAT. — La période qui commence à Auguste pour finir à Dioclétien (27 av. J.-C. — 284 ap. J -C.) est désignée sous le nom de principat (1). En apparence, rien n'est changé à la constitution de la cité : il y a toujours des magistrats, un sénat, des comices, mais leur autorité s'efface devant celle du prince. La réunion entre les mains d'un seul de pouvoirs jusqu'alors séparés, tend à rapprocher le principat de la monarchie (2).

Souverain pontife, le prince est le chef du culte public. Investi de la puissance tribunitienne, quoique patricien, il est inviolable, et, comme il n'a pas de collègues, omnipotent. Empereur, il a la puissance proconsulaire à vie. A ce titre, il est le chef de l'armée; il a sous sa dépendance les gouverneurs des provinces, et son pouvoir s'exerce même en Italie et à Rome. Il a également la puissance censoriale et la juridiction suprême au civil et au criminel.

II. LIMITES ET DIVISION DE L'EMPIRE. — L'Empire romain s'étend depuis les frontières de la Calédonie, au nord, jusqu'au désert de l'Afrique et aux monts de l'Atlas, au sud; depuis l'Océan, à l'ouest, jusqu'à une ligne formée à l'est par le Rhin, le Danube,

(1) Le mot se trouve dans TACITE (*Ann.*, I, 6), mais ce sont les auteurs modernes qui lui ont attribué une signification particulière : ils l'emploient pour désigner une forme de gouvernement intermédiaire entre la république et la monarchie absolue. Le gouvernement est partagé entre le Sénat et le Prince considéré comme l'homme de confiance du peuple : c'est ce que MOMMSEN (*Staatsr.*, trad., V, 5) appelle la dyarchie. A l'appui de cette opinion, on a fait remarquer d'une part que l'empereur n'est en théorie qu'un magistrat (*Mon. Ancyr.*, 6, 22), soumis aux lois (sauf le cas où le peuple lui concède un privilège personnel), et responsable de ses crimes (SUET., *Nero*, 49); d'autre part, que l'administration des provinces est partagée entre le sénat et l'empereur, et que divers textes leur attribuent des pouvoirs égaux (POMP., 3 ad Sab., D., XLIII, 12, 2; PAUL, 16 ad Sab., D., XXXIX, 3, 23 pr.).

(2) L'histoire des trois premiers siècles de l'empire est l'histoire de la lutte entre les deux facteurs essentiels du gouvernement, chacun d'eux s'efforçant d'assurer sa prépondérance : le prince travaille à anéantir le pouvoir du sénat pour établir la monarchie ; le sénat essaie, sans grand succès, de tenir le prince à sa discrétion.

le Caucase, le Pont-Euxin, le royaume des Parthes. C'est la presque totalité du monde connu des anciens (1). Le nombre des provinces, qui était de 14 à la fin de la République, s'élève à 44 au commencement du III siècle.

Au point de vue administratif, l'Empire comprend trois groupes distincts : l'Italie jusqu'au pied des Alpes, les provinces situées au delà des Alpes ou des mers (2), l'Égypte qui est dans une situation à part depuis Auguste et qui est gouvernée par un préfet investi du pouvoir des anciens rois du pays (3).

III. Moyens employés pour unifier les diverses parties de l'empire. — Pour maintenir sous une autorité commune tant de peuples si divers au point de vue ethnique comme au point de vue politique, on eut recours à plusieurs moyens. Les Romains savaient que, par l'emploi exclusif de la force, on ne fonde rien de durable, qu'il n'y a d'union vraie que celle qui repose sur l'accord des intérêts et des sympathies, sur la communauté d'usages et d'institutions.

1° L'accord des intérêts exigeait avant tout le maintien de la paix : ce fut la première préoccupation des empereurs. Dès l'an 727, Auguste partagea avec le sénat l'administration des provinces et se réserva celles qui avaient besoin d'être protégées par des forces militaires (4). Grâce à sa vigilance et à celle de ses successeurs, les peuples soumis à la domination romaine jouirent pendant de longues années d'une paix presque ininterrompue (5). D'autre part, la facilité et la sécurité des communications favorisèrent l'essor du commerce et de l'industrie. L'agriculture elle-même fut très florissante, au moins dans certaines provinces comme l'Égypte, l'Afrique, la Syrie et l'Asie. Seules l'Italie et la Grèce ne parvinrent pas à recouvrer la situation prospère qu'elles avaient eue avant d'avoir été dévastées par les guerres civiles.

2° Plus difficile à réaliser fut l'accord des sympathies. A la fin de la République, les provinces étaient encore traitées en pays conquis. La tendance des empereurs a été d'appeler les vaincus à partager les droits des vainqueurs. L'un des traits qui caractérisent l'histoire sociale de cette époque comme celle des périodes

(1) Flor., II, 14, 8 : *Romana dominatio id est genus humanum.*

(2) Un édit de Néron distingue : *Italia, transalpina et transmarina* (papyrus de Berlin, 628, col. I, 19; II, 4). Cf. Edouard Cuq, *Trois nouveaux documents sur les Cognitiones Cæsarianæ* (*Nouv. Rev. hist.*, 1899, XXIII, 112).

(3) Tac., *Hist.*, I, 11 : *Loco regum... visum expedire provinciam... domui retinere.* Str., XVII, 1, 12. *Mon. Ancyr.*, V, 24.

(4) Suet., *Aug.*, 47. Cf. Pomp., D., I, 2, 2, 1.

(5) Plin., *H. n.*, XXVII, 13 : *Immensa romanæ pacis majestas.*

antérieures, c'est l'aspiration à l'égalité : les provinciaux demandent l'égalité avec les Italiens, comme les Italiens l'avaient demandée avec les citoyens romains, comme les plébéiens l'avaient demandée avec les patriciens. Satisfaction fut donnée aux provinciaux de deux manières : par la concession, soit du droit de cité romaine, soit du *jus Italicum*.

3° Pour établir la communauté d'usages et d'institutions, les empereurs eurent recours à trois moyens : l'extension du régime municipal, la propagation de la civilisation gréco-latine, l'établissement du culte de Rome et d'Auguste.

a) La condition des villes situées dans les provinces était loin d'être uniforme. Les unes étaient libres, soit en vertu d'un traité (*civitates fœderatæ*) (1), soit par une faveur spéciale, mais révocable (2). Les autres étaient tributaires, ou provisoirement libres, parce qu'en raison de leur position géographique, on n'avait pu les rattacher à une province (3). La plupart étaient sujettes. Les villes libres ne faisaient pas, en théorie tout au moins, partie intégrante de l'Empire : elles étaient autonomes et exemptes de l'impôt foncier qui était la marque de l'assujettissement au peuple romain. Quant aux cités stipendiaires, leur administration était soumise au contrôle du pouvoir central : il y avait là un état d'infériorité dont elles devaient désirer sortir.

Suivant une tactique observée sous la République pour romaniser les cités italiques, les empereurs concédèrent, comme une faveur, aux cités stipendiaires le droit d'avoir une constitution modelée sur celle de Rome. C'était à elles de mériter la bienveillance impériale et de s'élever progressivement à la condition des municipes italiques, ou même d'obtenir le titre de colonies (4); mais ce privilège était réservé aux villes gratifiées au préalable du droit de cité romaine ou tout au moins du *jus Latii*.

En même temps, la condition des villes libres se rapprocha de celle des cités tributaires. Leur mauvaise gestion financière fut pour les empereurs une occasion de s'immiscer dans

(1) Exemples : Marseille, Athènes, Rhodes, Tyr.

(2) Exemples : Ephèse, Smyrne, Utique, Hadrumète.

(3) Byzance (Cic., *De prov. cons.*, 4, 6 ; Tac., *Ann.*, XII, 68) ; Antioche (Pap., D., XLII, 5, 37 ; Paul, D., L, 15, 8, 5). Sont dans une situation analogue quelques principautés tributaires que les Romains conservèrent dans les régions dont les habitants n'auraient pu, en raison de leur état de civilisation, être soumis au régime ordinaire des provinces. On pensa qu'elles seraient mieux administrées par un chef indigène, dépendant et responsable, que par un gouverneur romain, mais ce n'était qu'une période transitoire après laquelle on les annexait à une province : tel fut le sort de la Commagène, réunie par Vespasien à la Syrie ; de quelques petites dynasties maintenues en Cilicie jusqu'à Hadrien.

(4) Gell., XVI, 13.

leur administration (1). Ainsi s'affaiblit peu à peu la distinction entre les cités provinciales : libres ou stipendiaires, elles finirent par avoir une condition semblable à celle des cités à constitution municipale.

b) Pour ramener à l'unité les éléments si disparates qui composaient l'Empire, il fallait propager la civilisation latine hors de l'Italie, comme on l'avait fait après la guerre sociale, dans les régions de l'Italie où elle était inconnue. C'est ce qui eut lieu pour l'Espagne, la Bretagne, la Germanie, le Norique, la Rétie, la Dalmatie, la Pannonie, une partie de la Thrace et de la Mésie, et même pour la Sicile, les Gaules et l'Afrique, où le grec était beaucoup plus répandu que le latin.

Mais entre les coutumes latines et celles de l'Orient, il y avait de trop grandes différences pour que la pénétration eût quelque chance de succès. Les Romains ont eu conscience de cette difficulté et ne paraissent même pas avoir eu la pensée de latiniser l'Orient. Le philhellénisme romain qui, en Grèce, respecta une civilisation dont il sentait la supériorité, fit prévaloir une autre politique; les empereurs n'hésitèrent pas à reconnaître comme langue officielle la langue grecque aussi bien que la langue latine. En Asie, en Égypte, dans une partie de la Thrace et de la Mésie, en Macédoine, ils favorisèrent le développement de la civilisation hellénique que les colonies grecques, établies sur les côtes, avaient déjà fait connaître aux peuples d'Orient (2). Ainsi se formèrent peu à peu deux sphères de civilisation géographiquement distinctes : l'Orient grec et l'Occident latin, qui, tout en exerçant l'une sur l'autre une influence réciproque, conservèrent leurs traits essentiels, leur langue propre, et conduisirent à la division de l'Empire sous Dioclétien et après Constantin.

c) Plus grande encore était la diversité des peuples au point de vue religieux. Anciennement, il y avait autant de cultes que de cités (3). A mesure que Rome étendit ses conquêtes, elle adopta les divinités des vaincus ; elle accueillit même les superstitions étrangères. Malgré les décrets du sénat, en dépit des mesures de rigueur prises par Auguste et par Tibère, les dieux de l'Orient finirent par trouver place dans le Panthéon romain. Ce fut une conséquence du principe même de l'Empire : la fusion

(1) Dès le règne de Trajan, on envoie des commissaires extraordinaires *ad ordinandum statum liberarum civitatium* (Plin., *Ep*, VIII, 24, 2). Au IIIe siècle, ils portent le titre de *corrector civitatium liberarum*. Dans certaines provinces, comme l'Achaïe, leur fonction est devenue permanente.

(2) Sur la colonisation de l'Orient par les Grecs, cf. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des röm. Kaiserreichs*, 1891, p. 17.

(3) Cic., *p. Flacco*, 28 : *Sua cuique civitati religio est, nostra nobis.*

des races devait entraîner le mélange des religions. La centralisation dans l'ordre politique devait avoir pour corollaire le syncrétisme dans l'ordre religieux. Mais ce syncrétisme, qui n'était dominé par aucune idée supérieure, était incapable d'introduire l'unité religieuse et l'harmonie dans les esprits. La multiplicité des dieux n'eut d'autre résultat que d'exciter la satire : « Notre pays, dit Pétrone, est tellement rempli de divinités qu'on y trouverait plus aisément un dieu qu'un homme (1). » En vain essaya-t-on d'établir l'unité religieuse en instituant le culte de Rome et d'Auguste : ce culte était plutôt un acte de soumission au pouvoir impérial, et ne pouvait avoir sur les âmes aucune influence.

Ici encore il y avait un point faible dans la constitution de l'Empire, et cette faiblesse s'accentua sous l'énergique poussée du christianisme. La religion nouvelle proclamait l'unité de Dieu et du genre humain : c'était nier la divinité de l'empereur et la distinction des diverses classes de personnes, distinction consacrée par la loi; c'était entrer en lutte avec la puissance publique. Le conflit ne prit pas tout d'abord, ni d'une façon permanente, un caractère aigu. Les empereurs firent preuve, à certaines époques, d'une large tolérance dont profitèrent les chrétiens (2). Mais trop souvent, il y eut des poursuites individuelles motivées par la violation des lois de l'État. La doctrine chrétienne, mal comprise, servit de prétexte à des accusations de toute sorte : lèse-majesté, sacrilège, magie, etc. (3). Au milieu du IIIe siècle, la lutte devint plus acharnée : abandonnant les voies légales, les empereurs procèdent par mesure administrative et ordonnent les persécutions qui, pendant plus d'un demi-siècle, sévissent dans les diverses parties de l'Empire. Vains efforts : au début du IVe siècle, la lutte se termine par le triomphe du christianisme qui, sous le règne de Constantin, devient la religion de l'État.

IV. L'ÉTAT ÉCONOMIQUE. — Deux faits caractérisent l'état économique sous l'Empire : 1° l'accroissement progressif de la valeur de l'argent; 2° la diminution de la valeur du sol.

1° L'accroissement de la valeur de l'argent fut la conséquence

(1) Ap. TERTUL., *Apol.*, 19; cf. PLIN., *H. n.*, II, 7.

(2) Ainsi que les juifs. Ceux-ci obtinrent même d'être dispensés vis-à-vis de l'État des obligations qui étaient en contradiction avec leurs croyances. SEV., CAR., ap. ULP., 3 de off. proc., D., L, 2, 3, 3; MOD., 6 Exc., D., XXVII, 3, 17, 6. Mais Caracalla refusa la *testamenti factio* à la communauté juive d'Antioche (C., I, 9, 1). Le prosélytisme fut interdit (PAUL, V, 22, 3 et 4).

(3) Cf. Édouard CUQ, *De la Nature des crimes imputés aux chrétiens d'après Tacite* (Mélanges de l'Ecole française de Rome, 1886).

de causes diverses. La principale fut le développement du commerce et de l'industrie. Tout concourt, aux premiers siècles, à favoriser leur essor : la tranquillité à l'intérieur, la paix à l'extérieur, la sécurité des transactions garantie par la loi, la facilité des communications par terre et par mer, le goût du luxe et du bien-être. Il suffit de jeter les yeux sur un tarif de douane pour apprécier la variété des marchandises qui circulent d'un bout à l'autre de l'Empire (1). De grandes places de commerce centralisent les produits de l'étranger : Carthage, ceux du nord et du centre de l'Afrique (2) ; Alexandrie, ceux de l'Arabie, de l'Éthiopie et du sud de l'Afrique (3); Antioche (4), ceux de l'Inde (5) et de la Perse; Olbie, ceux des contrées lointaines de l'Asie (6). Pline évalue à cent millions de sesterces les importations de l'Arabie, de l'Inde et de la Chine (7). Le commerce intérieur n'est pas moins actif : d'immenses entrepôts publics et privés sont créés à Pouzzoles, à Ostie et à Rome (8) : de là, on expédie le blé, le vin, l'huile, le fer, le cuivre, les vêtements, les objets d'or et d'argent, etc. L'industrie se développe : ici on tisse la laine, le lin et la soie; là, on travaille la pierre, le marbre, l'argile, le bois, le métal, le cuir, les fourrures, l'os et l'ivoire (9).

Toutes ces entreprises exigent des capitaux plus ou moins considérables. L'argent, abondant sous les premiers empereurs, se fait de plus en plus rare, tandis que la production de l'or et et de l'argent reste à peu près stationnaire (10); une partie est

(1) Marc., De delat., D., XXXIX, 4, 16, 7. Tarif de Palmyre (*Hermes*, XIX, 486; *Rev. de philologie*, 1884, VIII, 135), de Zraïa en Numidie, *C. I. L.*, VIII, 4508. Cf. Héron de Villefosse : *le Tarif de Zraïa*, 1878.

(2) Hérodien, VII, 6, 1.

(3) Peripl., 26 ; Dio Chrys., I, 413. Cf. G. Lombroso, *Recherches sur l'économie politique de l'Egypte sous les Lagides*, 1870, p. 138.

(4) Strab., XVI, 2, 27 ; 3, 3 ; 4, 19 ; Plin., *H. n.*, VI, 28, 144.

(5) Strab., II, 4, 10 ; XVII, 1, 13.

(6) *Ibid*, VII, 3, 17 ; XI, 5, 9 ; Plin., VI, 19, 52. Sur les relations de Rome avec l'extrême Orient, Suet., *Aug.*, 21 ; Flor., II, 34, 62 ; cf. de Guignes, *Acad. des Inscr.*, XXXII, 355; Fr. Hirt, *China and the Roman Orient*, 1885. On a trouvé à Mytho (Cochinchine) une monnaie de bronze de Maximin I[er] (*Rev. numism.*, 1864, IX, 481); dans la province de Shan-si, en Chine, seize pièces de monnaie à l'effigie de douze empereurs, de Tibère à Aurélien (*The Academy*, 1886, p. 316).

(7) *H. n.*, XII, 18, 84. Pline reconnaît (VI, 23, 101) que le prix des marchandises de provenance orientale était centuplé, ce qui s'explique par les frais de transport, par les impôts de circulation (*portoria*) et par le bénéfice des importateurs et des intermédiaires.

(8) Lettre des négociants de Pouzzoles à la ville de Tyr (23 juillet 174) : *C. I. Gr.* 5853. Jordan, *Topogr.*, II, 67. *Lex horreorum* découverte à Rome en 1885 : G. Gatti, *Bull. arch. comun.*, 1885, p. 110 ; *Mittheil. d. arch. Instit.*, 1888, p. 65 (*Sugli orrei Galbani*)

(9) Voir les textes cités par Marquardt, trad., XV, 135, 430.

(10) Cypr., *ad Demetr.*, 3.

absorbée chaque année par l'excédent des importations sur les exportations (1); une autre est également perdue pour la circulation par suite de l'usage de plus en plus répandu des métaux précieux pour la fabrication des objets de luxe (2). Cette raréfaction de l'argent eut pour effet d'en accroître la valeur : le taux de l'intérêt s'éleva progressivement de 4 pour 100 sous Auguste à 12 pour 100 au III[e] siècle (3). Le prix des marchandises et celui de la main-d'œuvre tendent au contraire à diminuer. Le législateur crut pouvoir modifier le jeu naturel des phénomènes économiques en établissant des tarifs minima, comme ceux de Caracalla (4) et de Dioclétien (5).

2° La décadence de l'agriculture, qui a commencé à la fin de la période antérieure, n'a pu être conjurée par les mesures prises par César et par Auguste. Les vétérans, envoyés dans les colonies militaires, n'ont pas fait souche. Les *latifundia* s'étendent de plus en plus en Italie et dans les provinces (6). Au temps de Néron, six propriétaires se partagent la moitié de l'Afrique (7). La culture devient de plus en plus difficile; on a de la peine à trouver de bons fermiers (8); de grandes étendues de terre restent en friche ou incultes (9). Par une conséquence naturelle, la valeur du sol diminue, sauf dans la banlieue de Rome et des grandes villes (10). Vainement les empereurs essayent-ils d'arrêter les effets de cette dépréciation en forçant les capitalistes à acheter des terres (11). L'effet de ces dispositions

(1) PLIN., *H. n.*, VI, 28, 162 : *Nihil invicem redimentibus*. Cf. TAC., *Ann.*, III, 53; SEN., *De ben.*, VII, 9, 5. La soie s'achetait au poids de l'or (VOPISC., *Aur.*, 45).

(2) SEN., *Ep.*, 87, 7 : *Divitem illum putas, quia aurea suppellex etiam in via eum sequitur.* THÉDENAT et HÉRON DE VILLEFOSSE, *les Trésors de vaisselle d'argent trouvés en Gaule* (*Gaz. archéolog.*, 1885, X, 322).

(3) DIO CASS., LI, 21; PHILIP., C., VIII, 10, 4; DIOCL., *eod.*, IV, 2, 8; 32, 20. Cf. pour l'Egypte, papyrus de Berlin, 101, 301, 339.

(4) Inscr. de Cyzique (*Rev. des études grecques*, 1893, VI, 21).

(5) *Edictum de pretiis rerum venalium*. Cf. MOMMSEN et BLUMNER, *Der Maximaltarif des Diocletians*, 1893; *Bull. Corr. hell.*, 1893, XVII, 119.

(6) PLIN., *ad Traj.*, 8, 5; PLIN., *H. n.*, XXXIII, 10, 135; VOPISC., *Aur.*, 10.

(7) PLIN., *H. n*, XVIII, 35; FRONTIN., ap. *Grom. vet.*, I, 54 : *In Africa ubi saltus non minores habent privati quam respublica territoria*. Cf. DUREAU DE LA MALLE, *Economie politique des Romains*, II, 218.

(8) PLIN., *Ep.*, III, 19 : *Sed hæc felicitas terræ imbecillis cultoribus fatigatur.*

(9) Sénèque (*loc. cit.*) parle des *deserti Apuliæ agri*. Dion Chrysostome, qui vivait sous Nerva et Trajan, dit que deux tiers des *agri municipales* d'Euboé étaient incultes (VENAT, 7). DIOCL., C., VII, 32, 4. La *Lex Hadriana* de l'inscription d'Aïn-Ouassel (*Nouv. Rev. hist.*, XVI, 117), distingue les *agri rudes* et ceux qui *per X annos continuos inculti sunt*. Cf. Edouard CUQ, *le Colonat partiaire dans l'Afrique romaine*, 1897. (Mém. de l'Acad. des Inscr., Sav. étr., t. XI, 1[re] p., 101 [21].)

(10) PLIN., *l. c.*; SEN., *l. c.*; PLIN., *H. n.*, XVII, 1, 8; VARR., *R. r.*, I, 16, 3 : *Sub urbe colere hortos late expedit, sic violaria, ac rosaria, item multa quæ urbs recipit*; CAT., *R. r.*, 7 et 8.

(11) En 33, sous Tibère, par interprétation de la loi Julia *de modo credendi pos-*

n'a pas répondu aux vœux du législateur. Les récits de Tacite et de Pline le Jeune prouvent qu'on ne modifie pas arbitrairement et d'une manière durable la loi de l'offre et de la demande (1).

Les deux faits qui viennent d'être signalés ont eu pour résultat de concentrer la richesse entre les mains d'un petit nombre (2). En face de cette aristocratie d'argent, la grande masse du peuple vit dans la misère (3). L'émigration des paysans dans les villes, commencée aux derniers siècles de la République, continue sous l'Empire. Les largesses des empereurs les attirent : ils comptent pour vivre sur les distributions de blé, vin, huile, viande, vêtements (*frumentationes*, *congiaria*) (4). Les plus courageux offrent leurs services pour des travaux ordinairement réservés aux esclaves (5). Ceux qui, malgré tout, ne peuvent nourrir leurs enfants, les exposent ou les vendent (6). Nerva, le premier, eut

sidendique in Italiam, un sénatus-consulte prescrit aux capitalistes de placer deux tiers de leur patrimoine en fonds italiques. Trajan oblige les candidats aux charges publiques à placer le tiers de leurs biens en fonds de terre. Enfin Marc-Aurèle refuse l'accès du sénat aux provinciaux qui n'auraient pas au moins un quart de leur fortune en fonds italiques (Capitol., 11). Dans certains municipes, les possesseurs d'une maison d'une certaine étendue étaient seuls admis au décurionat. Cf. la Loi municipale de Tarente : *quod non minus M D tegularum lectum sit* (Scialoja, *Bull. di dir. R.*, 1896, IX, 7).

(1) Tac., *Ann.*, VI, 17 : *Copiam vendendi secuta vilitate ;* Plin., *Ep.*, VI, 19.

(2) Voir les textes cités par Marquardt, trad., X, 68.

(3) La distinction des riches et des pauvres présente surtout un intérêt quant au droit public. La possession d'une certaine fortune est requise pour avoir accès à l'ordre sénatorial, à l'ordre équestre et au décurionat : il faut un million de sesterces pour être sénateur (Dio Cass., LIV, 17 ; voir cep. Suet., *Aug.*, 41), quatre cent mille pour être chevalier (loi Roscia de 687 : Juv., XII, 123) ; pour être décurion, le cens varie suivant l'importance des cités : à Côme, il fallait cent mille sesterces (Plin., *Ep.*, 19. Cf. Marquardt, VIII, 264). Une autre distinction qui apparaît sous Auguste, celle des *honestiores* et des *humiliores*, présente de l'intérêt quant à l'application des lois criminelles. Les sénateurs, les chevaliers, les décurions forment les *honestiores*. On y a joint les vétérans et leurs fils (Mod., D., XLIX, 18, 3) et, à quelques égards, les soldats (Mod., XLIX, 16, 3, 1). Toutes autres personnes, quelle que soit leur fortune (Ulp., D., XLVII, 11, 6 pr.), sont les *humiliores*, les *plebeii*. L'*honestior* jouit de certains privilèges : l'action infamante de dol ne se donne pas contre lui (Lab., ap. Ulp., D., IV, 3, 11, 1); il ne peut être soumis à la torture (M. Aur., Ver., C., IX, 41, 11) sauf pour lèse-majesté (Paul, V, 29, 2), magie (C., IX, 18, 7), faux (C., IX, 22, 21), mis en croix (Mod., D., XLIX, 16, 3, 10), condamné aux bêtes, aux mines (Ulp., D., XLVIII, 19, 9, 11 et 12), aux travaux publics (D., XLIX, 18, 3), à la fustigation (D., XLVIII, 19, 28, 2). Cette distinction, qui procède d'une pensée aristocratique, eut pour effet d'adoucir la rigueur des peines pour une partie notable des habitants de l'Empire.

(4) Marquardt, 149 ; 171.

(5) Exemples : *Lanarius pectinarius* (*C. I. L.*, V, 4501) ; *metallarius* (*Bull. Corr. hell.*, 1885, III, 222, c. 38) ; *pædagogus* (Gaius, I, 39 ; edict. Diocl., VII, 65) ; *Balneator privatarius* (*Ibid.*, VII, 79) ; *Aquarius* (Cic., *ad fam.*, VIII, 6, 4 ; Frontin., *De aq.*, 9, 75 ; — Ed. Diocl., VII, 31) ; *nutrix* (Tac., *De orat.*, 28 ; Ulp., D., L, 13, 1, 14) ; *Comes* (*Ibid.*, 1, 8).

(6) Plin., *Ep.*, X, 65 ; Paul, V, 1, 1.

la pensée d'instituer des fondations alimentaires pour subvenir aux besoins des enfants pauvres de naissance ingénue (1). Son exemple fut suivi par Trajan (2) et ses successeurs (3) et même par de simples particuliers (4).

V. Influence de l'état social et économique sur l'état du droit. — Les changements survenus dans l'état social et économique ont eu leur contre-coup sur le droit.

1° Le développement du commerce et de l'industrie a déterminé la jurisprudence à s'occuper d'une manière spéciale de la matière des contrats et des obligations, et à lui donner la souplesse nécessaire pour se prêter à toutes les exigences de la pratique.

2° Le régime des droits réels a subi des modifications moins profondes. Cependant quelques nouveaux droits ont été créés qui, par leur construction, diffèrent sensiblement de la propriété et des servitudes : l'hypothèque, droit temporaire, accessoire d'une créance, le droit du fermier de l'*ager vectigalis* et la superficie, droits perpétuels, mais subordonnés au paiement d'une redevance.

3° Ce qui est surtout caractéristique, c'est que le droit romain devient moins fermé quant aux personnes admises à l'invoquer ; plus souple quant aux modes de formation des rapports de droit ; plus général quant à ses règles qui doivent s'approprier aux besoins de peuples de civilisation et de race très différentes. L'écriture prend peu à peu la place prépondérante qui appartenait jusque-là aux paroles, soit dans les actes juridiques, soit dans la procédure. Dans l'appréciation des actes licites ou illicites, l'élément intentionnel entre en ligne de compte et la notion de faute se dégage. Enfin, dans l'interprétation des lois, on s'attache à l'esprit et non plus exclusivement à la lettre de la loi.

(1) Aur. Vict., *Ep.*, 12. Une inscription du temps d'Auguste (*C. I. L.*, X, 5056) mentionne un legs fait aux habitants d'Atina *ut liberis eorum ex reditu, dum in ætatem pervenirent, frumentum et postea sestertia singula millia darentur.*

(2) T. Ier, p. xv. Dio Cass., LXVIII, 5 ; Plin., *Paneg.*, XXVI, 27, 28. Voir les tables alimentaires de Veleia et de Bénévent (*C. I. L.*, XI, 1147 ; IX, 1455).

(3) Hadrien (Spart., 7) ; Antonin le Pieux, Marc-Aurèle (Capitol., 11) ; Alexandre Sévère (Lamprid., 57).

(4) En Italie, Plin., *Ep.*, VII, 18 ; Fronto, *ad amicos*, I, 14 ; *C. I. L.*, X, 5853, 6328 ; XI, 419 ; en Espagne, *C. I. L.*, II, 1174 ; en Afrique, *C. I. L.*, VIII, 1641.

CHAPITRE II

Les modes de formation du droit.

Les modes de formation du droit sont au nombre de six : la coutume, la loi, le sénatus-consulte, les édits des magistrats, les constitutions impériales, les réponses des prudents. Cette multiplicité des organes du pouvoir législatif est un trait particulier au droit romain : c'est une différence avec le droit moderne.

I. LA COUTUME. — La jurisprudence a déterminé le fondement théorique et la valeur de la coutume (I, 61, 3). Tout droit, dit Julien, repose sur le consentement du peuple (1). Ce consentement peut être exprès ou tacite : exprès dans la loi, tacite dans la coutume. Donc la coutume a une valeur égale à celle de la loi.

Dans un État aussi étendu que l'Empire romain, il devait être difficile de constater l'adhésion tacite de la masse des citoyens. Aussi les coutumes générales sont-elles infiniment moins nombreuses que les coutumes locales (2). La plupart des coutumes citées dans les textes sont des coutumes provinciales (3) ou propres à une cité, notamment à la ville de Rome (4).

II. LES LOIS-PLÉBISCITES. — 1° *Diverses espèces de lois.* — On peut classer les lois à deux points de vue : quant aux limites qu'elles imposent à la liberté des citoyens, les lois sont impératives, prohibitives ou déclaratives (5); quant à l'étendue de leur application. les lois sont générales ou particulières.

a) Les lois impératives et prohibitives obligent tout citoyen : il doit faire ce qu'elles commandent, s'abstenir de ce qu'elles défendent. Pour tout le reste, il conserve sa liberté d'action. Les lois impératives doivent être observées à peine de nullité ; elles ne peuvent être modifiées par la volonté des parties (6). Les lois

(1) Il est à remarquer que cette conception de la coutume apparait à une époque où le peuple a cessé d'être convoqué dans les comices. Il semble que Julien ait voulu montrer qu'il conservait en fait la faculté de participer à la formation du droit.

(2) Exemples de coutumes générales : hypothèque tacite du bailleur d'un fonds rural sur les fruits perçus par le fermier (POMP., D., XX, 2, 7 pr.); quarte légitime (PLIN., *Ep.*, V, 1, 9) ; bénéfice de cession d'actions (JUL., D., XLVI, 1, 1).

(3) GAIUS, D., XXI, 2, 6 ; ULP., D., I, 3, 34 ; D., XXVI, 7, 7, 10 ; M. AUR., VER., ap. PAPIR., D., XVIII, 1,71.

(4) CELS., D., XXXIII, 10, 7, 1 ; JUL., D., I, 4, 32 pr. Exemple : hypothèque tacite du bailleur d'une maison sur les meubles du locataire (NERAT, D., XX, 2, 4). Justinien a étendu à toutes les provinces cette coutume appliquée d'abord à Rome, puis à Constantinople (C., VIII, 14, 7).

(5) MOD., 1 Reg., D., I, 3, 7.

(6) PAP., 2 Quæst., D., II, 14, 38 ; ULP., 41 ad Sab., D., XIII, 7, 4.

prohibitives ont une sanction qui varie suivant que la loi est *perfecta*, *minus quam perfecta* (1) ou *imperfecta* (I, 463).

Les lois déclaratives ont un caractère tout différent. En général, ce sont des lois interprétatives de la volonté des parties : elles déterminent les effets d'un acte juridique pour le cas où les parties ne l'auraient pas fait. Parfois les lois indiquent ce que le législateur considère comme étant d'utilité générale, mais comme elles n'ont ici pour objet que la protection d'intérêts privés, il est permis d'y déroger (2).

b) Les lois générales forment le droit commun (*jus commune*) ; les lois particulières, l'exception (*jus singulare*) (3). Ces exceptions ont été admises pour des raisons d'utilité publique ou privée (4) : privilèges des militaires, des mineurs, des absents, des femmes.

Il ne faut pas confondre avec ces lois exceptionnelles les anomalies qui sont ordinairement les vestiges d'un état antérieur du droit (5). Ces anomalies forment aussi un *jus singulare,* mais ne peuvent être étendues par voie d'analogie (6). Les lois exceptionnelles au contraire sont souvent étendues conformément à l'esprit, sinon à la lettre de la loi (7).

2° *Vote de la loi.* — Depuis la loi Hortensia, le plébiscite a force de loi et reçoit le nom de *lex* (I, 458, 4). Aux derniers siècles de la République, la plupart des lois sont des plébiscites. Comme à l'époque antérieure, le pouvoir législatif s'exerce régulièrement par l'action commune d'un magistrat (consul, préteur ou tribun de la plèbe) d'une part, et du peuple assemblé dans ses comices d'autre part. *Lex est generale jussum populi aut plebis, rogante magistratu* (8). La loi résulte d'un acte bilatéral.

On a souvent prétendu que le peuple, à Rome, était souverain, tout au moins sous la République. Cette assertion, prise à la lettre et dans un sens absolu, n'est pas exacte. A aucune époque, le peuple n'a eu le droit d'initiative : il n'a jamais pu s'assembler sans une invitation du magistrat, ni voter sans une proposition formelle de sa part. A l'origine, la souveraineté populaire n'était qu'une apparence : le vote, dans les comices par centuries, était

(1) Il existe encore des lois *minus quam perfectæ* : C. civ., 156-157.
(2) Lab., ap. Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 7, 14; Pomp., 16 ad Sab., D., L, 17, 27 ; Paul, 35 ad Ed., D., XXXIII, 4, 12, 1.
(3) Ulp., 2 ad Sab., D., XXIX, 1, 3; Gaius, 15 ad Ed. prov. *eod.*, 2.
(4) Jav., 1 Ep., D., XLI, 2, 23, 1 ; Paul., de jure sing., D., I, 3, 16.
(5) Jul., 55 Dig. *eod.*, 20 ; Ner., 6 Membr. *eod.*, 21.
(6) Paul, 55 ad Ed. *eod.*, 14.
(7) Tel est le cas du Sc. Velléien.
(8) Capito, ap. Gell., X, 20, 2.

organisé de manière à assurer la victoire, non pas à la majorité, mais à une minorité privilégiée, aux citoyens de la première classe (I, 144). En outre, la loi votée était soumise au contrôle des *patres :* leur *auctoritas* était nécessaire pour la rendre exécutoire (I, 461). Ces restrictions au pouvoir du peuple ont été atténuées, soit par la loi Publilia qui fit de l'*auctoritas patrum* une simple formalité, soit lorsque les comices centuriates eurent été réorganisés dans un sens démocratique (I, 458). Mais en même temps le pouvoir du sénat grandit : les magistrats auraient gravement engagé leur responsabilité s'ils avaient soumis au peuple un projet de loi sans l'avis du sénat.

Le principe de la souveraineté populaire s'est dégagé des entraves qui arrêtaient son expansion (1) dans les conciles de la plèbe et dans les comices par tribus. Cependant, ici encore, le peuple n'a pas le droit d'initiative. Les tribuns, il est vrai, sont le plus souvent les organes de ses sentiments ou de ses passions ; mais il faut l'accord de tous les membres du collège : l'opposition d'un seul suffit pour empêcher la présentation du projet de loi. De plus, dans les comices par tribus, les citoyens ne sont pas égaux quant au droit de vote : la valeur de leur suffrage dépend du nombre des membres de leur tribu (I, 120). Les 4 tribus urbaines sont sous ce rapport moins favorisées que les 35 tribus rurales.

Le peuple a conservé, au début de l'Empire, le pouvoir législatif. Les comices curiates statuent encore sur les projets d'abrogation (I, 235, 3); mais ils n'ont plus lieu que pour la forme : dès le temps de Cicéron, personne ne s'y rend, sauf les trente licteurs chargés de les convoquer, et le magistrat qui doit présider l'assemblée. Les parties intéressées amènent leurs amis, et la foule est nombreuse lorsqu'il s'agit d'un membre de la famille impériale (2).

Il y a également, sous Auguste, des comices par centuries, tenus au champ de Mars. Pour permettre aux citoyens qui ne résidaient pas à Rome d'exercer leur droit de vote, Auguste autorisa les décurions des colonies à voter par correspondance (3). Cette mesure fut peu efficace ; les comices centuriates ne pouvaient guère se maintenir à une époque où les opérations du cens n'avaient plus lieu d'une façon régulière (4), où le recensement de l'armée ne se faisait plus par classes.

(1) Les esprits éclairés n'étaient pas favorables à ce principe. Cicéron le qualifie irrévérencieusement : *Stultorum sententiæ* (*De leg.*, I, 16; III, 1).

(2) Suet., *Aug.*, 65 ; Tac., *Ann.*, XII, 26.

(3) Suet., *Aug.*, 46.

(4) Elles furent supprimées en fait en 74. Depuis longtemps l'évaluation des for-

On ne connaît pas d'une manière précise la compétence des comices centuriates sous l'Empire (1). Les lois intéressant les hautes classes de la société furent soumises aux comices par tribus. Celles qui réformèrent les mœurs publiques, l'organisation judiciaire ou la procédure furent présentées aux conciles de la plèbe : Auguste le déclare dans son testament (2). La distinction des comices par tribus et des conciles de la plèbe, fut d'ailleurs moins tranchée, sous l'Empire, que dans la période qui suivit la loi Hortensia : la séparation des plébéiens et des patriciens n'était guère facile ; seuls, les représentants des grandes familles devaient être exclus des conciles.

Le pouvoir législatif du peuple s'est maintenu sous les successeurs d'Auguste (3). Mais, après Tibère (4), les comices législatifs ont été rarement convoqués (5). Les empereurs devaient être peu disposés à faire usage d'un droit d'initiative qui les mettait au niveau d'un simple magistrat et qui rendait manifeste leur subordination à la volonté du peuple. En théorie, le pouvoir législatif du peuple n'a jamais été supprimé ; en fait, il n'est plus exercé après Nerva ou Trajan.

3° *Rédaction de la loi* (6). — Le libellé de la loi comprend régulièrement deux parties : l'*index* et la *rogatio* (7). L'*index* contient ordinairement les noms gentilices des magistrats qui ont proposé la loi et l'indication de son objet. C'est l'en-tête de la loi et une manière abrégée de la désigner : *lex Valeria Horatia de provocatione*. Parfois l'*index* indique simplement l'objet de la loi : *lex de XX quæstoribus* (8). Très souvent les lois consulaires sont désignées par deux adjectifs formés avec les noms des consuls en

tunes en vue de l'impôt n'avait pas de raison d'être, puisque les citoyens en étaient dispensés

(1) On sait bien qu'Auguste proposa certaines lois à titre de consul, ou les fit présenter par un consul : on ne peut cependant affirmer qu'elles ont été soumises aux centuries, car, sous l'Empire, on n'observe plus rigoureusement les règles anciennes sur la présidence des comices.

(2) *Res gestæ divi Aug.*, Gr., 3, 19 (Mommsen, p. 30).

(3) La phrase de Tacite (*Ann.*, I, 15 : *Tunc primum e campo comitia ad patres translata sunt*) se rapporte aux comices électoraux.

(4) Lois du règne de Tibère : Junia Petronia, Junia Norbana (?), Visellia, Junia Vellæa, et la loi citée par Tac., *Ann.*, IV, 16.

(5) Loi Claudia sur la tutelle des femmes ; loi Petronia sous Néron ; loi agraire de Nerva ; sous Trajan, loi sur l'affranchissement des esclaves appartenant à une cité.

(6) Voir notre article lex (*Dict. des Antiquités*, t. V, p. 1123).

(7) A ces deux parties se joignent souvent la *præscriptio* et la *sanctio*. La *præscriptio*, que Cicéron distingue de l'*index* (*De lege agr.*, II, 9, 22), contient : 1° les noms des auteurs du projet; 2° les jour et lieu où la loi a été votée ; 3° le nom de la tribu ou de la centurie dont on a fait connaître le vote en premier lieu ; 4° le nom du citoyen qui a voté le premier Voir le texte de la *præscriptio* de la loi Quinctia de 745 dans Frontin., *de aquis*, 129. — Pour la *sanctio*, voir t. I, p. 462.

(8) *C. I. L.*, I, 202, 204.

exercice (1) ; on met en tête le nom de celui qui a présidé les comices : *lex Ælia Sentia* (2). Les plébiscites n'ont habituellement qu'un seul nom (3), alors même que le projet émane du collège des tribuns : c'est une abréviation. Pareille abréviation se rencontre pour les lois consulaires : la loi Papia Poppæa est aussi appelée Papia.

La *rogatio* est la proposition soumise au peuple (4). Il est interdit de réunir, dans un même projet, des questions qui n'ont pas de rapport entre elles (*lex satura*) (5) : ce serait une entrave à la liberté du vote ; on n'a pas voulu que les citoyens fussent contraints à accepter une disposition qui leur déplait, pour faire passer celle qui leur agrée. Cette défense, qui existait au temps des Gracques, fut confirmée en 656 par la loi Cæcilia Didia (6) ; elle n'a guère été observée (7).

Tout projet de loi doit être porté à la connaissance du public : il doit être annoncé verbalement (*per præconem*) et affiché (*promulgare*). C'est une garantie contre tout changement introduit, après coup, dans le texte du projet. En 692, la loi Licinia Junia ordonna de déposer au Trésor une copie *ne varietur* (8). Ces précautions rendaient moins utile la publication de la loi après le vote. Cependant il était d'usage d'inscrire, sur des tables de bois ou de bronze, les lois les plus importantes et de les fixer en un lieu où tout citoyen pût les lire aisément (9).

4° *Abrogation des lois.* — En principe, une loi est toujours révocable. Le peuple n'est pas lié par son vote à tout jamais. D'après les Douze Tables, la loi la plus récente a seule force obligatoire (10). Cette disposition ne fut d'abord appliquée qu'en droit public. Elle fut écartée en fait pour les lois confirmées par un serment des magistrats (tels que les *fœdera*) ou de la plèbe, (*lex sacrata*) (11). Elle fut écartée également pour les droits privés

(1) Sous l'Empire, on désigne parfois les lois par le surnom de leur auteur mis au génitif (*lex Augusti*, *Vespasiani*), ou en lui donnant la forme d'un adjectif (*lex Sullana*, *Augustiana*). Hygin., 201, 7 ; 261, 22 ; 233, 10 ; 237, 5.

(2) Lorsque les deux adjectifs sont réunis par la conjonction *et*, cela désigne en général deux lois différentes ayant le même objet. Cicéron suit un usage contraire. Cf. Baiter, *Onom. Tull.*, p. 145 ; 149, 198, 210.

(3) Les lois prétoriennes n'ont aussi qu'un seul nom : telle la loi Papiria de 422.

(4) Le mot *rogatio* désigne parfois la loi votée par le peuple. Gell., X, 20.

(5) Fest., *h. v° : Satura et cibi genus ex variis rebus conditum est, et lex multis alis legibus conferta.* La loi Licinia Sextia (I, 378) en est un exemple.

(6) Cic., *p. domo*, 20. Cf. la loi Acilia, *C. I. L.*, I, 198.

(7) Voir la loi Julia *de maritandis ordinibus*.

(8) Fest., v. *Promulgari*. Schol. Bob., p. 310, in Cic. *p. Sest.* (Orelli).

(9) T. Ier, 11, 1. Val. Prob., 10 : *Unde de plano recte legi possit.*

(10) Liv., VII, 17, 12. Cf. IX, 34, 6 ; Cic., *p. Balbo*, 14, 33.

(11) Mommsen, VI, 1, 415.

fondés sur les Douze Tables en raison du caractère de la loi décemvirale. Les jurisconsultes classiques ne s'en occupent que pour les lois nouvelles et pour les constitutions impériales (1). Les règles qu'ils ont posées ont reçu, en passant dans la compilation de Justinien, une portée générale; c'est avec cette portée que les ont accueillies les interprètes modernes.

L'abrogation d'une loi peut résulter, soit d'une loi nouvelle, soit du non-usage (2).

L'abrogation résultant d'une loi nouvelle peut être expresse ou tacite; l'abrogation expresse peut être totale ou partielle. L'abrogation totale est désignée par le mot *abrogare;* l'abrogation partielle, par le mot *derogare* (3). L'abrogation est tacite (*obrogare*) lorsque la loi nouvelle contient des dispositions contraires à celles de la loi ancienne. Mais il faut que la disposition nouvelle soit absolument incompatible avec l'ancienne, sinon celle-ci sera maintenue (4). — La loi nouvelle qui abroge une disposition antérieure n'a pas d'effet rétroactif. Au temps de Cicéron, il était d'usage d'insérer dans les lois nouvelles une clause destinée à exclure la rétroactivité de la loi (5). Il en était de même pour les sénatus-consultes sous Hadrien (6).

5° *Annulation de la loi.* — Une loi est nulle lorsque le vote est entaché d'un vice de fond ou de forme : on n'a pas tenu compte de l'intercession d'un magistrat, l'assemblée n'était pas compétente (7), on a eu recours à la violence (8), on n'a pas pris les auspices (9). Dans tous ces cas, le magistrat chargé d'assurer l'exécution de la loi doit refuser son concours. Pour couvrir sa responsabilité, il prend l'avis du sénat qui décide, s'il y a lieu, *ea* (*lege*) *non videri populum teneri* (10).

III. — Les sénatus-consultes. — Aux derniers siècles de la République, le sénat ne s'est pas contenté de donner son avis aux magistrats sur les projets de loi soumis aux comices. Il a joué un certain rôle quant à l'exercice du pouvoir législatif. 1° Il a réglementé certaines matières d'une façon permanente en

(1) Mod., 2 Exc., D., I, 4, 4.

(2) L'abrogation par non-usage était admise sans contestation au IIe siècle : Jul., 84 Dig., D., I, 3, 32, 1.

(3) Modest., 7 Reg., D., L, 16, 102. C'est un texte relatif à la *natalium restitutio*. Cf. Lenel, I, 737 ; Ulp., præf., 2.

(4) Paul, 5 ad l. Pap., D., I, 3, 28.

(5) Cic., *in Verr.*, I, 42, 109. Cf. Paul, 1 ad l. Falc., D., XXXV, 2, 1 pr.

(6) Ulp., 12 ad Sab., D., XXXVIII, 17, 1, 12.

(7) Cic., *p. domo*, 26, 68; Suet., *Cæs.*, 30; Cic., *De leg.*, III, 19, 45.

(8) Cic., *p. domo*, 20, 53 ; *Philip.*, V, 4, 10; XI, 6, 13; XII, 5, 12.

(9) Cic., *Philip.*, l. c. ; Suet., *Cæs.*, 20, 23, 30.

(10) Plut., *Tib. Gracch.*, 19; Cic., *p. Corn.*, ap. Ascon., p. 67.

raison de la qualité des intéressés (luxe de la table chez les sénateurs, prêts à un ambassadeur) (1). 2° En cas d'urgence, il a donné force obligatoire à certaines mesures en attendant qu'elles fussent consacrées par les comices (I, 680, 1-2). 3° Il s'est attribué le droit d'annuler les lois (2), d'accorder la dispense de les observer, et 4° dans la période postérieure à Sylla, de décréter une dérogation temporaire à une loi (3).

Sous l'Empire, la situation du sénat a été progressivement modifiée (4). Si, pendant un certain temps, le peuple et le sénat ont légiféré côte à côte, leur action s'est exercée sur des objets divers et d'une manière différente. Tandis que le peuple est appelé à voter des lois destinées à réformer l'état social, le sénat s'est renfermé tout d'abord dans ses anciennes attributions (5). Il se borne à interpréter le droit en vigueur (6), ou à inviter les magistrats à établir les règles nouvelles par les moyens dont ils disposent (7). Il faut arriver au règne d'Hadrien, c'est-à-dire à l'époque où le peuple a cessé d'exercer le pouvoir législatif, pour trouver des sénatus-consultes édictant des règles de droit civil (8). Tel est le Sc. Tertullien; sous Marc-Aurèle, le Sc.

(1) Gell., II, 24; Ascon., p. 57.

(2) Annulation des plébiscites d'Appuleius, en 654 (Cic., *De leg.*, II, 6, 14); de Titius, en 655 (*ibid.*); de Livius Drusus, en 663 (Cic., *p. Corn.* Diodor., XXXVII, 10, 3); de Manilius, en 688 (Dio Cass., XXXVI, 42); des lois consulaires d'Antoine (Cic., *Phil.*, V, 4, 10; XI, 6, 13; XII, 5, 12; XIII, 3, 5).

(3) Ascon., *in Cornel.*, 57; Cic., *ad Att.*, VI, 2, 7.

(4) Cf. Pomp., *Enchir.*, D., I. 2, 2, 9.

(5) Exemple d'un Sc. rendu en cas d'urgence : le Turpillien (C., IX, 45; Tac., *Ann.*, XIV, 41), confirmé par la loi Petronia (Val., Gall., C., IX, 9, 16).

(6) Nombreux exemples d'interprétation de lois : loi des Douze Tables par le Sc. *de famosis libellis* (Ulp., D., XLVII, 10, 5, 10); — loi Cornelia *de sicariis* par le Silanien (Ulp., D., XXIX, 5, 1 pr.) et par un Sc. du règne de Claude (ap. Ulp., D., XLVII. 9, 3, 8); — diverses clauses des lois caducaires par le Sc. sur le quasi-usufruit (Ulp., XXIV, 27), les Sc. Persicien et Calvisien (Ulp., XVI, 3-4), les Sc. cités par Gaius, II, 286; — loi Ælia Sentia par les Sc. cités par Gaius, I, 31, 47; — loi Cornelia *de falsis* par le Sc. Libonien (*Collat.*, VIII, 7, 1) et par un Sc. cité par Suet., *Nero*, 17; — loi Junia Norbana par le Sc. Largien (Gaius, III, 63).

(7) Tels sont les Sc. Velléien, Claudien, Trébellien, Afinien, Néronien, Pégasien, Macédonien, Rubrien, Articuléien, Juventien; le Sc. sur l'édit perpétuel.

(8) On a cité en sens contraire les Sc. Hosidien, Dasumien et un Sc. relatif à l'*adsignatio liberti*. Mais le Dasumien se borne à compléter le Sc. Rubrien, qui n'est qu'une invitation adressée au préteur (D., XL, 5, 26, 7 et 51, 4). Le Sc. cité par Ulp., D., XXXVIII, 4, 1 pr., ne fait qu'étendre une disposition de la loi Papia : comme cette loi (Gaius, III, 53), il accorde un privilège au *manumissor* qui a des enfants. Cette extension est réalisée au moyen d'une fiction : l'enfant désigné sera seul patron *perinde atque si ab eo eave libertatem consecutus consecutave est*. Quant au Sc. Hosidien (*C. I. L.*, X, 1401), il se rattache au pouvoir du sénat comme conseil administratif : à ce titre, le sénat a qualité pour prendre des dispositions relatives à l'économie domestique des citoyens dans un but d'utilité générale. Tels sont les Sc. cités par Cic., *de Rep.*, III, 9; Plin., *H. n.*, III, 20; Suet., *Tib.*, 34. Cf. Mommsen, VII, 405. — On serait mieux fondé à objecter un Sc. du temps de Claude qui dé-

Orfitien; sous Sévère, le Sc. sur la tutelle; sous Caracalla, le Sc. sur les donations entre époux. Au IIe siècle, l'assimilation du Sc. à la loi, quant à son efficacité, est tenue pour certaine, mais Gaius rappelle encore que la question avait été discutée.

Il ne faut pas s'exagérer la portée de ce changement dans l'exercice du pouvoir législatif. Si le pouvoir du sénat a grandi en même temps que le pouvoir impérial, celui-ci n'a pas tardé à devenir prépondérant. De bonne heure, l'usage s'introduisit de laisser à l'empereur l'initiative des mesures prises par le sénat. En vertu de son *jus relationis*, l'empereur présentait au sénat, sous la forme d'un discours (*oratio*), un projet prêt à recevoir son approbation. Le Sc. était l'œuvre du conseil du prince bien plus que du sénat. On en vint à identifier le Sc. avec l'*oratio principis in senatu recitata* (1). — Les Sc. sont désignés par un adjectif formé avec le nom gentilice ou le surnom du consul qui a présidé le sénat (*senatusconsultum Juventianum*) ou avec le nom de l'empereur, auteur du projet (*Sc. Claudianum*).

IV. Les constitutions impériales. — *Caractère primitif et objet.* D'après les jurisconsultes des IIe et IIIe siècles, les constitutions impériales ont force de loi. C'est là un point qui, suivant eux, n'a jamais fait de doute : le pouvoir législatif des empereurs a pour fondement la *lex regia* (2). Cette doctrine n'est pas conforme aux faits historiques ou, tout au moins, ne doit pas être prise dans un sens absolu pour la période antérieure à Hadrien. La *lex regia* (3), votée par le peuple au début de chaque règne et conférant à l'empereur la puissance tribunitienne, n'a sûrement pas été considérée, dès le principe, comme attribuant à l'empereur le pouvoir législatif; sans quoi on n'eût pas offert à Auguste, à trois reprises, la *cura legum* qu'il a d'ailleurs refusée (4). Les mesures que l'empereur prend en vertu de la *lex regia* appartiennent plutôt à ce qu'on appelle aujourd'hui le pouvoir exécutif : elles obligent les citoyens tant qu'elles sont maintenues par leur auteur.

Le seul cas où, au Ier siècle, les ordonnances des empereurs

roge à la règle d'après laquelle l'enfant suit la condition de sa mère; mais ce Sc. a été cassé par Hadrien, *iniquitate rei et inelegantia juris motus* (Gaius, I, 84).

(1) Paul, D., V, 3, 40 pr., cf. D., XXIII, 2, 60; Ulp., XXVI, 7; *Vat. fr.*, 294.

(2) Gaius, I, 5; Pomp., D., I, 2, 2, 11 et 12; Ulp., 1 Inst., D., I, 4, 1 pr., 1.

(3) Dans un fragment de la *lex regia de imperio Vespasiani* (*C. I. L.*, VI, 930), on lit : *Uti quæcumque ex usu rei publicæ majestate[que] divinarum humanarum publicarum privatarumque rerum esse censebit, ei agere facere jus potestasque sit, ita uti divo Aug... fuit.*

(4) Dion Cassius (LIV, 12) s'inspire des idées qui avaient cours de son temps lorsqu'il dit d'Auguste : νομοθετεῖν ὅσα βούλοιτο.

avaient force de loi, est celui des *leges datæ* (1). Elles ont pour objet : 1° la concession du droit de cité à des étrangers (2); 2° la concession de la cité romaine ou du *jus Latii* à des cités pérégrines; 3° la fondation d'une cité nouvelle; 4° la concession de statuts municipaux (3); 5° la concession aux affranchis du droit de porter l'anneau d'or; 6° la concession de la liberté et de la cité à un esclave (4).

L'empereur ne peut ni abroger ni modifier la loi : il est lui-même soumis aux lois (5), sauf le cas où le peuple ou le sénat lui a concédé un privilège personnel, tel que le droit d'affranchir un esclave sans formalités ou la dispense des lois caducaires (6). On a soutenu le contraire en invoquant une règle citée par Ulpien : *Princeps legibus solutus est;* mais on n'a pas remarqué que cette règle, empruntée à un commentaire des lois caducaires (7), signifie que le prince est dispensé de l'observation de ces lois, et non de toutes les lois.

Pourtant les empereurs ont, à partir d'une certaine époque, exercé le pouvoir législatif; mais leur autorité s'est étendue progressivement sans qu'il y ait eu de changement radical. A la fin du IIIe siècle, Probus reconnait au sénat le droit de donner force obligatoire à ses propositions (8). Ce n'est donc pas d'une manière absolue et générale que les constitutions impériales ont obtenu force de loi.

Les constitutions impériales se présentent sous quatre formes : édits, mandats, décrets, rescrits. Les deux premières introdui-

(1) Sous la République, il y avait deux cas où un magistrat était autorisé à « donner la loi » sans l'intervention du peuple : 1° pour concéder la cité romaine à des étrangers (Cic., *p. Balbo*, 8, 19 ; 14, 32), ou pour déterminer l'organisation d'un municipe (*C. I. L.*, II, 5439, c. 132. On en trouve un exemple en 436 : Liv. IX, 20) ou d'une province (Cic., *in Verr.*, II, 2, 37, et les exemples que nous avons cités : *Dict. des Antiq.*, V, 1119); 2° pour réformer la constitution de la cité romaine. Tel est le pouvoir attribué en 303 aux décemvirs (I, 126), en 672 à Sylla, en 705 et 706 à J. César. Et encore ces dernières lois ont presque toujours été soumises à la ratification du peuple (Liv. III, 34; Cic., *p. domo*, 30). Les magistrats créés *legibus scribendis* ou *reipublicæ constituendæ* n'ont pas cru devoir exercer leur droit d'une manière absolue : il n'y a guère que les triumvirs Lépide, Antoine et César qui n'aient pas demandé pour leurs lois l'approbation des comices (Dio Cass., XLVI, 55). Les empereurs suivirent leur exemple.

(2) Suet., *Aug.*, 40 ; *Nero*, 12 ; *Galba*, 14. Cf. les recueils de diplômes militaires et *C. I. L.*, III, p. 1951-2038.

(3) Gaius, I, 96 ; Hygin., I, 177; Statuts donnés à Salpensa et à Malaca par Domitien : *C. I. L.*, II, 1963 et 1964.

(4) *C. I. L.*, VI, 1847; Paul, 15 ad Plaut., D., XL, 1, 14, 1.

(5) *Mon. Ancyr.*, 6, 22 : *Potestatis autem nihili amplius habui quam qui fuerant mihi quoque in magistratu conlegæ.*

(6) Paul, *l. c.*; Dio Cass., LVI, 42 ; LIX, 15.

(7) 13 ad l. Jul. et Pap., D., 1, 3, 31.

(8) *Vita Probi*, 13.

sent des règles nouvelles ; les deux autres appliquent ou interprètent la loi.

§ 1er. *Edicta.* — En qualité de magistrat du peuple romain, l'empereur a le *jus edicendi*. Il en fait usage soit pour adresser aux citoyens des communications (1), soit pour établir des règlements nouveaux. Les édits contenant des règlements sont particuliers (2) ou généraux (3) ; ceux-ci, de beaucoup les plus nombreux, ont trait presque tous à des questions d'ordre administratif ou politique (4). Le plus célèbre est l'édit de Caracalla (p. 72, 3).

Les édits étaient portés à la connaissance des citoyens soit par le ministère des crieurs publics (5), soit par des affiches apposées à Rome, en Italie et dans les provinces. Dans les pays de langue grecque, une traduction était jointe par les soins des magistrats locaux (6).

§ 2. *Mandata.* — Ce sont des instructions adressées aux gouverneurs des provinces, sous la forme d'une lettre individuelle (7). En principe, les *mandata* sont envoyés aux gouverneurs des provinces impériales, mais comme les empereurs exercent une surveillance sur les provinces sénatoriales, il y a des exemples de mandats à des proconsuls (8). Pour les magistrats urbains, il ne semble pas qu'on ait eu recours aux mandats : ils devaient se conformer aux édits et aux décrets (9).

Bien que les mandats ne soient jamais qualifiés constitutions, et soient plutôt des actes administratifs, on y trouve des règles de

(1) Paul, D., XLVIII, 18, 8 pr.

(2) Edit d'Auguste donnant un aqueduc à la colonie de Vénafre. *C. I. L.*, 4842.

(3) Voir la liste des principaux édits dans notre *Conseil des Empereurs*, p. 458.

(4) Il y a trois édits qui, à un point de vue purement théorique, semblent déroger au droit civil, mais qui s'expliquent par les circonstances dans lesquelles ils ont été rendus : 1° un édit d'Hadrien (abrogé par Dioclétien, C., VIII, 10, 5) attribue au constructeur de mauvaise foi la propriété de l'édifice qu'il a bâti sur le terrain d'autrui. Cet édit rentre dans la catégorie des mesures d'ordre administratif; il n'a pas une portée générale ; il s'applique à la ville de Rome, et s'inspire d'un édit antérieur de Vespasien, tendant à favoriser la reconstruction des maisons détruites par les incendies qui avaient dévasté la ville (Suet., *Vesp.*, 8) ; 2° il en est de même de l'édit de Marc-Aurèle rendu à la suite d'un débordement du Tibre et qui accorde un privilège à celui qui prête de l'argent pour rebâtir une maison (Capitol., 8 ; Ulp., 63 ad Ed., D., XLII, 5, 24, 1) ; 3° l'édit de Tacite, qui défend la cession de droits litigieux à un *potentior* (C., II, 14, 1), n'implique pas que l'empereur possède le pouvoir législatif. Il ne crée pas une nullité, il n'établit pas non plus une incapacité : il invite les magistrats à ne pas accueillir la demande du *potentior* et même à sévir contre lui. Cf. sur les *potentiores*, H. Monnier, *Nouv. Rev. hist.*, 1900, XXIV, 37.

(5) Cf. un édit de Dioclétien cité par Le Blant, *Actes des Martyrs*, p. 263.

(6) Jos., *Antiq.*, XIX, 5, 3.

(7) Ulp., D., XLVII, 11, 6 pr.

(8) Inscr. de Pergame, *C. I. L.*, III, 7086.

(9) Ap. Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 7, 7 : *Pacta conventa quæ... neque adversus edicta principum... facta erunt servabo;* 6 ad Ed., D., III, 1, 1, 8 ; 12, 68 ad Ed., D., II, 6, 1, 1 ; XLIII, 8, 2 pr.

droit civil et criminel : ces règles ont pour objet d'assurer la bonne administration des provinces, de prévenir les abus que pourraient commettre des fonctionnaires publics, d'accorder certains privilèges aux militaires (1). A la longue, ces instructions ont pris un tel développement qu'elles forment une sorte de code des gouverneurs de provinces (2). Parfois ces mandats furent, par rescrit, rendus applicables à Rome et à l'Italie (3).

Si les édits et les mandats ne sont pas par eux-mêmes des actes législatifs, certains d'entre eux sont devenus obligatoires à l'égal de la loi : les règles sur les fidéicommis, sur le testament militaire ont été observées comme des lois. Mais entre les édits ou les mandats et les lois, il y a cette différence que les premiers sont temporaires et révocables, tandis que les lois ont un caractère permanent. Comme les édits des magistrats, les édits impériaux cessent d'être obligatoires à l'expiration des fonctions de celui qui les a rendus, en général à la fin du règne; mais ils peuvent être renouvelés par son successeur et deviennent *translaticia* (4). Certains textes parlent, il est vrai, de l'abrogation d'un édit, ce qui serait inutile si l'édit perdait sa valeur à la mort de son auteur. Cela prouve qu'à partir d'une certaine époque, on se dispensa de renouveler expressément les édits des empereurs antérieurs : ils conservaient leur valeur tant qu'ils n'avaient pas été abrogés. Il en fut de même pour les mandats (5).

§ 3. *Decreta*. — Ce sont les décisions rendues par l'empereur dans les cas où, par exception, il statue sur un procès comme juge de première instance ou d'appel (6). Les décrets ne se rattachent point par eux-mêmes à l'exercice du pouvoir législatif. Si Gaius les fait rentrer dans les constitutions impériales, c'est qu'ils ont contribué à la formation du droit, soit indirectement lorsqu'ils tempèrent la rigueur de la loi pour des raisons d'équité (7), soit directement lorsqu'ils tranchent une controverse. Dans ce dernier cas, ils se terminent par une règle générale applicable à tous les cas analogues : tel est le décret rendu par Marc Aurèle contre les créanciers qui se font justice à eux-mêmes (8).

(1) Exemples dans notre *Conseil des Empereurs*, p. 460-461.
(2) Ulp., 45 ad Ed., D., XXIX, 1, 1, 1 : *Exinde mandatis inseri cœpit caput tale...*
(3) Sev., ap. Marc., D., XLVII, 22, 1 pr.
(4) Callistr., D., XL, 15, 4 pr.; Ulp., D., XVI, 1, 2 pr.
(5) Tac., *Ann.*, XI, 22; *Hist.*, XIII, 25; Paul, 3 Sent., D., XXVIII, 2, 26 : Diocl., C., VIII, 10, 5; Ulp., D., XXIX, 1, 1 pr.
(6) Cf. Edouard Cuq, *Conseil des Empereurs*, p. 441-454.
(7) *Ibid.*, p. 447. Cf. Pap., 15 Resp., D., XXXIV, 9, 18 pr.
(8) *Ibid.*, p. 443, 3, et 444, 1 et 2.

§ 4. *Rescripta.* — Les rescrits sont des réponses aux consultations des magistrats ou aux requêtes des particuliers sur des points de droit. Ils sont rédigés en grec ou en latin sous forme de lettres (*epistulæ*), de *subscriptiones* ou d'*adnotationes* (1).

I. — Sous les premiers empereurs, on ne trouve qu'un petit nombre de rescrits offrant quelque intérêt pour le droit privé (2). D'ordinaire ces rescrits contiennent des règles destinées à guider les magistrats ou les fonctionnaires impériaux chargés d'administrer les provinces : la correspondance de Pline avec Trajan en offre de nombreux exemples (3). A partir d'Hadrien, les rescrits ont pour objet de fixer l'interprétation et l'application de la loi et de l'édit perpétuel. On en compte plusieurs milliers dans les compilations de Justinien (4).

II. Il y a plusieurs sortes de rescrits : les uns concèdent des privilèges : ce sont des constitutions personnelles (5) ; on ne peut s'en prévaloir par voie d'analogie. D'autres appliquent le droit en vigueur : ce sont les plus nombreux (6) ; ils sont sans influence sur la formation du droit. Plus importantes sont les

(1) Voir les textes cités, *ibid.*, p. 427, 1-3, et p. 384-392.

(2) Sous Tibère, D., XLVIII, 5, 39, 10 ; sous Claude, D., XL, 15, 4, 1 ; sous Trajan, D., XXVI, 7, 12, 1 ; XXXVI, 1, 3 pr., 5 ; XXVIII, 5, 1 pr. Ce dernier rescrit tranche une controverse entre Sabiniens et Proculiens (GAIUS, II, 231) et permet au testateur d'inscrire la nomination d'un tuteur avant l'institution d'héritier.

(3) Parmi les autres rescrits de Trajan, il convient de signaler ceux qui ont pour but de garantir la liberté individuelle (*Ibid.*, p. 428, 1-3).

(4) Montesquieu en parle dédaigneusement, comme d'une « mauvaise manière de donner des lois » (*Esprit des lois*, XXIX, 17). Cette appréciation est inexacte. 1° L'empereur ne se prononce jamais sur les questions de fait : lorsqu'on le lui demande, il refuse de répondre (HADR., ap. CALLISTR., 5 de cogn., D., XLVIII, 15, 6 pr. ; ANT. P., ap. MARC., 4 Reg., D., XXII, 1, 32 pr.). Montesquieu cite un texte d'où il ressort que Trajan refusa de répondre à des particuliers *ne ad alias causas facta præferrentur quæ ad gratiam composita viderentur* (CAPITOLIN, *Vita Macrini*, 23). Montesquieu pense qu'il s'agissait d'appliquer à une affaire une décision motivée par les circonstances de fait relatives à une autre. Mais J. Godefroy a démontré (ad C. Th., XI, 29, 5) que le mot *facta* n'a pas ici le sens de fait : il désigne une décision impériale. Tel est le sens que lui donnent Capitolin (*Vita Gord.*, 5) et l'*index auctorum* de la Florentine qui cite un ouvrage de Paul en six livres : *imperialium sententiarum* ἤτοι *factorum*. 2° Les rescrits tranchent des questions de droit : dans le cas même où l'on soumet à l'empereur un procès en lui exposant les faits sur lesquels la prétention est fondée, il se contente, comme le Préteur qui délivre une formule, d'indiquer la règle applicable, en réservant au juge la vérification des faits contenus dans la requête et la décision du procès. Les réponses aux consultations des magistrats ne sont pas plus irrévocables, à moins qu'il ne s'agisse d'un rescrit général : on peut les attaquer par la voie de l'appel (Voir les textes cités dans notre *Conseil des Empereurs*, p. 440, 1-3). 3° Les empereurs ne répondent pas à la légère et suivant leur bon plaisir : les rescrits sont préparés par des secrétaires d'État (*a libellis*) choisis parmi les jurisconsultes les plus éminents (*Ibid.*, p. 363 et 366); et lorsque la question présente une importance particulière, on la soumet au conseil impérial (*Ibid.*, p. 367 et 409-410).

(5) ULP., 1 Inst., D., I, 4, 1, 2.

(6) Cf. notre *Conseil des Empereurs*, p. 438-439.

trois autres espèces de rescrits : les uns contiennent une interprétation de la loi, les autres organisent une instance, d'autres enfin établissent des règles nouvelles.

1° Les rescrits qui interprètent la loi peuvent être comparés aux réponses des prudents. Les jurisconsultes les mettent sur la même ligne (1), en discutent la valeur et les critiquent le cas échéant (2). S'ils sont unanimes à accepter la décision, ils ont soin de dire, comme pour les opinions des prudents : *Eo jure utimur*. Donc, par eux-mêmes, ces rescrits n'ont pas force de loi (3).

2° Les rescrits qui organisent une instance (4) interviennent lorsqu'un plaideur demande à l'empereur de connaître d'un procès. Si la requête (*libellus*, *preces*, *supplicatio*) est accueillie, l'empereur peut, ou juger lui-même l'affaire en conseil et rendre un décret, ou en confier l'examen à un juge qui prononcera la sentence. Dans ce dernier cas, le rescrit a pour objet l'organisation de l'instance. Cette procédure par rescrit est analogue à la procédure par formule, non seulement quant à la division de l'instance en deux phases, mais aussi quant à l'instruction donnée au juge : le rescrit indique la règle dont le juge devra faire l'application si les faits contenus dans la requête sont reconnus exacts ; il est adressé au juge désigné par l'empereur, et non au requérant (5). L'analogie existe encore en ce que l'empereur peut refuser d'organiser une instance, et que l'obtention du rescrit produit les effets de la *litiscontestatio* (6). Mais les parties n'ont pas le choix du juge : l'empereur renvoie l'affaire au gouverneur de la province (*judex ordinarius*) ou à un commissaire spécial (*judex a principe datus*). Dans tous les cas, l'affaire est jugée *extra ordinem*.

3° La troisième classe de rescrits comprend ceux qui ont une portée générale. A quel critérium les reconnaître? Il en est un certain nombre pour lesquels il ne peut y avoir de doute : la généralité de la règle est manifeste (7). Mais la grande majorité n'est pas dans ce cas, et alors, comment discerner si l'empereur a entendu attribuer à sa décision une portée générale ? D'après

(1) Ulp., 14, 25 et 38 ad Ed., D., V, 2, 6, 2 ; XI, 7, 6 pr. ; XIII, 7, 13 pr.
(2) Paul, D., XXII, 1, 17 pr.; Ulp, 9 de off. proc., D., XLVIII, 19, 8, 1.
(3) Ulp., D., XLIX, 1, 14 pr. ; XII, 6, 26 pr. ; Mod., D., XXVIII, 6, 4 pr.
(4) C'est ce que Puchta (I, 17) appelle la procédure par rescrit.
(5) Callist., 5 cognit., D., XLII, 1, 33; Ulp., 41 ad Ed., D., XXXVII, 9, 1, 14. Cf. Diocl., C., I, 23, 3.
(6) Just., C., VIII, 53, 33.
(7) Ulp., 1 ad Ed., D. XXI, 4, 1, 2; 5, 14 ad Sab. D. XXVI, 4, 1, 3; XXVIII, 5, 9, 2; Paul, D., XXII, 6, 9, 5 ; Marc., D. XXXV, 2, 89 ; Pap., 15 Resp., D., XLVIII, 2, 22.

une inscription de Scaptoparène, en Bulgarie, les rescrits étaient affichés au portique des thermes de Trajan, puis enregistrés dans un livre spécial (1). La publicité donnée à ces rescrits révèle l'intention de leur assurer force de loi (2).

L'existence d'un *liber rescriptorum*, sinon de l'affichage, est confirmée par les documents antérieurement connus. Dès le temps d'Auguste (3), les *acta* de l'empereur étaient consignés sur les *commentarii*, conservés dans les archives au *tabularium Cæsaris*. Ces actes pouvaient, par autorisation de l'empereur, être communiqués aux personnes intéressées (4). Un bureau spécial, dont la création paraît remonter à Hadrien, était chargé de conserver les décisions rendues sur des questions de droit ; elles étaient réunies dans un recueil appelé *semenstria* (5).

En résumé, aux IIe et IIIe siècles, les empereurs n'ont exercé le pouvoir législatif que dans des limites assez étroites : 1° ils se sont attribué le droit d'interpréter la loi. Cette interprétation, qui, dans le principe, n'eut qu'une autorité de raison, comme celle des jurisconsultes, a fini par s'imposer avec un caractère obligatoire ; 2° ils ont étendu à tout l'Empire l'application d'un certain nombre de règles de droit qui n'étaient antérieurement obligatoires que dans une région déterminée ; 3° ils ont établi des règles nouvelles sur certaines matières qui n'avaient pas encore été réglementées par la loi, telles que les fidéicommis, l'obligation alimentaire, les honoraires, les privilèges des militaires.

Les constitutions sont désignées par le nom de l'empereur mis

(1) Cette inscription, publiée en 1890, contient un rescrit de Gordien de l'an 238, d'après une copie prise sur le *liber libellorum rescriptorum a domino nostro... Gordiano... et propositorum Romæ in porticu thermarum Trajanarum*. Cf. MOMMSEN, *Z. Sav. St.*, 1892, XII, 244.

(2) KRUEGER (*Gesch.*, 131) a présenté deux objections : 1° il n'est pas exact de dire que tous les rescrits qui ont été affichés sont des constitutions générales destinées à avoir force de loi. Le rescrit de Gordien le prouve : il est relatif aux plaintes adressées à l'empereur contre les réquisitions illégales de logements et de vivres faites par les troupes de passage dans la région. Il est vrai qu'un grand nombre des rescrits qui nous sont parvenus d'après les *libri rescriptorum* ne contiennent que des applications du droit commun : cela ne prouve qu'une chose, c'est qu'on entendait les rendre obligatoires dans toutes les parties de l'Empire, les faire prévaloir sur les coutumes locales (*Conseil des Empereurs*, p. 438-439) ; 2° l'affichage, dans les conditions où il pouvait se faire alors, eût été sans utilité : en raison de la matière dont on se servait pour écrire, le papyrus, et de la quantité des actes rendus simultanément, il n'aurait subsisté que pendant un temps fort court. Mais il en est de même aujourd'hui pour les affiches administratives. L'essentiel, c'est que toute personne intéressée puisse retrouver, quand elle en aura besoin, le texte du document. Le *liber rescriptorum* rendait à cet égard le même service que notre *Bulletin des Lois*.

(3) Cf. Edouard CUQ, *Conseil des Empereurs*, p. 416 et 417, 1.

(4) *Ibid.*, p. 419, 4. Autre exemple, *C. I. L.*, VIII, 10570.

(5) *Ibid.*, p. 421-423.

au génitif (1). Les jurisconsultes des IIe et IIIe siècles en ont publié divers recueils (2).

V. Édits des magistrats. — § Ier. *Notion du* jus honorarium. — Les préteurs et les autres magistrats chargés de la *jurisdictio* n'ont eu, à aucune époque, le pouvoir législatif. Cependant les clauses insérées dans leurs édits ont été, dès le temps de Cicéron, considérées comme constituant un droit (*jus prætorium, honorarium*) que l'on rapproche du droit civil (3). Deux faits ont contribué à la formation de cette notion :

1° Au temps de Cicéron, l'édit du Préteur contient, non plus seulement des formules d'actions, de décrets ou d'interdits, ainsi que des dispositions sur l'exercice de sa juridiction (I, 486), mais aussi des clauses indiquant les règles que le magistrat entend appliquer. Ces clauses ont reçu le nom d'édits, tout aussi bien que l'ensemble des dispositions renfermées dans l'album. Cette innovation s'explique aisément : les formules d'actions proposées par un Préteur pour la durée de sa magistrature, étaient souvent maintenues par les préteurs subséquents. Une mesure prise à titre temporaire devenait permanente. On jugea utile de dégager la règle qu'elle servait à sanctionner et de l'insérer dans l'édit à côté de la formule (4). Il y eut dès lors deux sortes de règles : les unes consacrées par la loi, les autres par l'édit.

2° Les règles édictales n'ont acquis force de loi qu'à la longue. C'est l'usage des *edicta translaticia* (I, 476, 8) qui leur a donné une fixité et une stabilité analogues à celles des dispositions législatives (5). En promettant d'une façon constante de protéger ceux qui se trouveraient dans une situation déterminée, le Préteur a créé à leur profit un état de fait que l'on tient pour équivalent à un état de droit. Le *jus honorarium* puise en réalité sa force dans la coutume : Cicéron présente l'édit des magistrats comme une des sources principales du droit coutumier (6). Aussi est-il assez rare de voir un édit de cette époque désigné par le nom de son auteur : il a perdu son individualité. On le cite

(1) Gaius, I, 53 ; II, 196, 221.
(2) Cf. Edouard Cuq, *Conseil des Empereurs*, 423, 443 et 491.
(3) Cic., *p. Cæc.*, 12, 33 ; *De off.*, I, 10, 33.
(4) Voir par exemple dans Ulpien (D., XVI, 3, 1, 1) le texte de l'édit sur le dépôt, et dans Gaius (IV, 47) la formule de l'action *depositi in factum*.
(5) Cic., 2 *in Verr.*, I. 44 : *Hoc edictum vetus translaticiumque est.*
(6) Cic., *De inv.*, II, 22, 67 : *Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobarit. In ea autem jura sunt quædam ipsa jam certa propter vetustatem. Quo in genere et alia sunt multa, et eorum multo maxima pars, quæ prætores edicere consueverunt.*

soit d'après son objet (1), soit d'après ses premiers mots (2). Le *jus honorarium* a d'ailleurs conservé ses caractères particuliers : il ne se confond pas avec le *jus civile* (I, 478-479).

§ 2. *Formation du* jus honorarium. — La formation du *jus honorarium* remonte en grande partie au temps de la République : Cicéron présente l'édit du Préteur comme le fondement de l'enseignement du droit (3). Le premier commentaire de l'édit est l'œuvre de son contemporain Servius (4). Les règles du *jus honorarium* s'étendent à toutes les parties du droit privé : le plus grand nombre a trait à la possession, aux obligations, aux successions. D'après Papinien, le Préteur a poursuivi un triple but (5) : 1° assurer l'application du droit civil ; 2° en combler les lacunes ; 3° en corriger les imperfections (I, 477, 7 ; 532, 2). Ses innovations ont été presque toujours favorablement accueillies, parce qu'elles étaient inspirées par des raisons d'utilité publique et d'équité. Le Préteur n'a jamais fait un pas en avant sans être appuyé par l'opinion et secondé par la pratique. C'est ainsi qu'il a pu créer de nouveaux droits réels, consacrer des causes nouvelles d'obligations, faciliter la cession des créances, préparer l'émancipation économique des fils de famille au moyen du pécule, briser le système successoral du droit civil en accordant aux héritiers du sang la possession de l'hérédité (6).

Sous l'Empire, d'Auguste à Hadrien, le *jus honorarium* s'est développé d'une manière différente : 1° Par l'initiative du sénat ou de la loi. La liberté du Préteur n'était guère compatible avec la nouvelle forme de gouvernement. Sans qu'il y ait rien de changé en principe à ses attributions, on constate qu'il n'a plus l'initiative des innovations introduites dans l'édit ; il se conforme à l'invitation qui lui est adressée par le sénat ou par la loi (7). Le Sc. Velléien en offre un exemple (8) ; 2° Par voie d'interprétation. Les commentaires des jurisconsultes et même les

(1) Cic., 2 *in Verr.*, I, 46, 118 : *Caput de mulierum hereditatibus* ; Gaius, D., XXIX, 2, 57, 1 : *Edictum de minoribus XXV annis* ; Ulp., D., XXXVIII, 9, 1 pr. : *Edictum successorium.*

(2) Gaius, III, 34 : *Interdictum cujus principium est : Quorum bonorum.*

(3) Cic., *De leg. : A prætoris edicto, ut plerique nunc (putant)... hauriendam iuris disciplinam.*

(4) Pomp., Enchir., D., I, 2, 2, 44 *in fine.*

(5) Pap., 2 Defin., D., I, 7, 1.

(6) Sur l'objet du *jus honorarium*, voir notre article Honorarium jus (*Dict. des Antiq.*), t. V, p. 245-247.

(7) Telle est la *bonorum possessio ex legibus et senatusconsultis.* Ulp., 49 ad Ed., D., XXXVIII, 14, 1 pr. ; Fr. *de judiciis.*

(8) Ap. Ulp., 29 ad Ed., D., XVI, 1, 1, 1 : *Arbitrari senatum recte atque ordine facturos, ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam ut in ea re senatus voluntas servetur.*

constitutions impériales (1) ont notablement étendu l'application du *jus honorarium*.

§ 3. *L'édit perpétuel*. — Un siècle et demi environ après l'établissement de l'Empire, l'autorité du Préteur était singulièrement diminuée. En apparence, il jouissait d'un pouvoir considérable, quant à la formation et à l'application du droit; en réalité, il était sans initiative, et souvent, s'il faut en croire Sénèque (2), sans connaissances juridiques. Hadrien jugea le moment venu de mettre fin à une situation fausse et qui avait ses dangers (3) : il résolut de fixer une fois pour toutes la teneur de l'édit et d'inviter les Préteurs à s'y conformer à l'avenir. Cette mesure était d'autant plus nécessaire depuis la réforme introduite par Hadrien dans l'administration judiciaire de l'Italie : le Préteur n'était plus compétent qu'à Rome et dans la région environnante; l'Italie, partagée en quatre districts, était soumise à la *jurisdictio* des *legati consulares* (4). Pour assurer l'unité de législation quant au *jus honorarium*, il fallait remettre à ces *consulares* un texte officiel qu'ils seraient tenus d'observer sans paraître les subordonnés du Préteur.

L'œuvre entreprise par Hadrien (5) n'était pas sans difficultés ; il s'agissait de mettre en ordre les édits des Préteurs (6) en supprimant les clauses surannées (7), en ajoutant celles qui répondaient aux besoins nouveaux de la société. On voudrait savoir par qui (8)

(1) Gaius, II, 120, 126 ; Ulp., D., XXIX, 4, 2; VI, 2, 11 pr. ; XI, 6, 7, 3.

(2) De tranquill. : *Prætor adeuntibus adsessoris verba pronuntiat*.

(3) Cf. Edouard Cuq, *Conseil des Empereurs*, p. 329.

(4) Spart., *Hadr.*, 22, 13.

(5) Pompée (Isidor., *Or.*, V, 1, 5), César (Suet., *Jul.*, 44) et Auguste avaient eu la pensée d'unifier, ceux-là le droit civil, celui-ci le droit prétorien. Le projet d'Auguste paraît avoir reçu un commencement d'exécution : Aulus Ofilius mit en ordre l'édit du Préteur *de jurisdictione* (Pomp., D., I, 2, 2, 44).

(6) Aur. Vict., 19, 2 : *Quod varie inconditeque a prætoribus promebatur*.

(7) Par exemple la clause antique sur la vente des esclaves (Gell., IV, 2, 1).

(8) Eutrope (VIII, 9) dit que l'empereur Didius Julianus est le descendant de Salvius Julianus qui, sous Hadrien, *perpetuum composuit edictum*. Aurelius Victor (*l. c.*) confond l'empereur Julianus avec le rédacteur de l'édit. Justinien (c. Δέδωκεν, § 18) attribue la rédaction de l'édit à Hadrien : *Juliano egregio viro ad id adsumpto*. L'*Epitome legum* de l'an 920, publié en 1835 (Zachariæ, *Jus græco-romanum*, II, 280), contient seul un document précis : Hadrien aurait confié l'exécution de son projet à Salvius Julianus et à Servius Cornelius. Mommsen (*Z. f. Rg.*, IX, 8), Krueger (*Gesch.*, 86) prétendent que l'auteur de l'*Epitome* s'est trompé : c'est une simple affirmation. Les indications si précises qu'il donne sur le contenu de l'édit prouve qu'il a puisé ses renseignements à bonne source. Cf. Voigt, *Rg.*, II, 185. Servius fut, comme nous l'avons établi (*Conseil des Empereurs*, p. 331, 3), le contemporain de Julien. Le fait est aujourd'hui certain depuis la découverte de l'inscription de Souk-el-Abiod, en Tunisie (p. 56, 3). Cette inscription, qui donne à Julien le prénom de *L[ucius]*, prouve qu'il ne faut pas le confondre, comme on l'avait cru jusqu'alors, avec le consul de 148, mais elle permet d'affirmer que Ser-

et à quelle date (1) cette œuvre fut accomplie. Sur ces deux points on n'a que quelques brèves indications dont la valeur est contestée. Ce qui est hors de doute, c'est la part prépondérante prise à la rédaction de l'édit par Julien. Le travail terminé et condensé en un petit livre, Hadrien le fit confirmer par le sénat : les magistrats furent invités à se conformer au texte officiel. La publication de l'édit au début de chaque année fut dès lors une simple formalité ; l'édit mérita à tous égards le nom de perpétuel.

Les magistrats conservèrent-ils tout au moins le droit d'ajouter des clauses nouvelles sur les points non prévus par l'édit? Justinien l'affirme dans la constitution Δέδωκεν. Si, dit-il, il y a doute sur le sens d'une disposition, on s'adressera à l'empereur (2). Si, au contraire, il se présente une question non réglée par l'édit, Hadrien déclare dans son *oratio* que les magistrats (3) auront soin de la résoudre en se conformant aux principes déjà établis (4).

L'édit du Préteur urbain ne fut pas seul l'objet d'une rédaction officielle : on en fit autant pour celui des édiles curules qui devint un appendice de l'édit urbain (5). On ignore s'il en fut de même pour l'édit des autres magistrats (6).

Le texte de l'édit perpétuel n'a été que partiellement conservé,

vius et Julien se sont succédés dans le proconsulat d'Afrique à peu d'intervalle : Servius en 162-163 (*C. I. L.*, VIII, 10299), Julien vers 164 (Cf. Cantarelli, *Bull. arch. com. di Roma*, 1900, p. 137).

(1) La chronique de Saint-Jérôme (II, 167, éd. Schöne) donne la date de 133 qui correspond à l'année 131 de notre ère : la computation des années dans cette chronique retarde souvent et spécialement pour le règne d'Hadrien de deux années sur la computation ordinaire. On a récusé ce témoignage, sous prétexte que saint Jérôme aurait arbitrairement ajouté cette indication au Bréviaire d'Eutrope qui est l'unique source dont il s'est inspiré. A l'appui de cette assertion, Krueger (116) prétend que le Digeste de Julien en 90 livres est un travail sur le nouvel édit perpétuel ; les 58 premiers livres tout au moins sont composés sur le plan de l'édit. Or le livre 6 est antérieur au Sc. Juventien de 129, le livre 42 est antérieur au Sc. Juncien de 127. Mais il est difficile de considérer le Digeste de Julien comme un commentaire de l'édit, alors qu'on n'y trouve nulle part l'explication d'un seul mot emprunté à l'édit. Cf. Karlowa, I, 708 ; Ferrini, *Rendiconti dell' Ist. Lombardo*, 1891, XXIV, 562.

(2) Justinien invoque l'opinion de Julien, mais ce jurisconsulte était moins exclusif : il admet que le doute peut être résolu soit par voie d'interprétation, soit par une constitution impériale (90 Dig., D., I, 3, 11).

(3) La constitution *Tanta* désigne les magistrats (οἱ ἐν ἀρχαις) d'une façon moins claire par l'expression *nova auctoritas*.

(4) La même règle fut consacrée par Alexandre Sévère (C., I, 26, 2) pour les préfets du prétoire : ils ont le *jus edicendi*, et leurs édits doivent être observés pourvu qu'ils n'aient rien de contraire aux lois ni aux constitutions.

(5) Cf. Lenel, *E. P.*, I, 53.

(6) Le commentaire de Gaius sur l'édit provincial rend vraisemblable l'existence d'une rédaction officielle de cet édit sans lever tous les doutes. Il est probable que les édits provinciaux étaient conçus sur un plan uniforme tout en contenant des clauses variables suivant les provinces.

mais on a sur son contenu des renseignements abondants. Il y a au Digeste un grand nombre de fragments empruntés à trois des principaux commentaires de l'édit urbain, ceux de Julien, de Paul et d'Ulpien, et au commentaire de Gaius sur l'édit provincial. L'inscription de chacun de ces fragments fait connaître le livre de l'édit, objet du commentaire. Lorsque les indications fournies par ces quatre ouvrages concordent entre elles, on peut être sûr d'avoir l'ordre même de l'édit; dans le cas contraire, on doit consulter l'ordre des matières du Digeste, car dans l'ensemble il est le même que celui de l'édit. — On distingue quatre parties dans l'édit (1) : la première comprend les règles relatives à la marche du procès jusqu'à l'organisation de l'instance (tit. 1-13) (2) ; la deuxième, les moyens de droit qui découlent de la loi (tit. 14-24) ; la troisième, ceux qui découlent de l'*imperium* (tit. 25-35) ; la quatrième, les règles sur l'exécution des sentences et les recours en cassation (tit. 36-42). Les trois derniers titres sont consacrés aux interdits, aux exceptions, aux stipulations prétoriennes (tit. 43-45).

§ 4. *Rapprochement par la jurisprudence du* jus honorarium *et du* jus civile. — La rédaction de l'édit provoqua un vif mouvement de jurisprudence et prépara la fusion du *jus honorarium* et du *jus civile*. Les jurisconsultes prirent l'habitude d'expliquer les règles du droit civil à propos des dispositions correspondantes de l'édit ou des actions contenues dans l'album. Du rapprochement de ces deux sources du droit sur une matière donnée, ils dégagèrent les théories générales qui la gouvernent et firent ressortir l'unité du droit quelle que soit la provenance des règles dont il se compose. Pourtant, malgré leurs efforts, la distinction du droit prétorien et du droit civil a subsisté pendant toute l'époque classique et n'a pas entièrement disparu sous Justinien.

VI. Réponses des prudents. — Ce mode de formation du droit est une singularité de la législation romaine; il s'explique par des usages qui nous sont étrangers. Il se rattache par son origine à un changement qui s'est produit, au cours du VIIe siècle, dans l'interprétation du droit. La tâche du juge était relativement

(1) Voir le livre de Lenel sur l'édit perpétuel, où l'on trouvera la restitution de l'édit avec textes à l'appui. Nos renvois, pour les § 1 à 105 de cet ouvrage, se rapportent à la traduction de M. Peltier, dont le premier volume seul a paru (1901).

(2) La division de l'édit perpétuel en titres est confirmée par les textes. Exemples : Ulp., 11 et 26 ad Ed., D., IV, 1, 1; XII, 1, 1. Dès le temps de Cicéron, il existait une division en chapitres (Cic., 2^a^ *in Verr.*, I, 46, 118 ; *ad Fam.*, III, 8, 4) qui a été maintenue par Julien (Marcel., 9 Dig., D., XXXVII, 8, 3). Chaque chapitre contenait un certain nombre de *clausulæ* (Cic., *in Verr.*, III, 14, 35 ; Ulp., 14 ad Ed., D., V, 2, 6 pr.).

facile à une époque où l'on appréciait les actes juridiques d'après un critérium purement matériel, où l'on recherchait uniquement si l'on avait prononcé certaines paroles ou accompli certaines solennités. Mais, lorsqu'on commença à tenir compte de l'intention des parties, le jugement des procès devint une affaire délicate De plus, à mesure que le droit devint une science indépendante, il fallut une étude spéciale, jointe à l'expérience du forum, pour s'en rendre maître.

Le juge citoyen était bien rarement en mesure de résoudre par lui-même les questions qui lui étaient soumises. On aurait pu créer un corps de juges initiés au droit, comme les magistrats de nos jours, mais c'eût été abandonner une tradition plusieurs fois séculaire. La tâche de l'*unus judex* fut facilitée par un double usage : 1° il s'entourait d'un conseil composé d'hommes ayant l'expérience des affaires judiciaires (1) et d'une probité reconnue (2); 2° l'un des plaideurs lui communiquait l'avis d'un jurisconsulte faisant autorité. Au temps de Cicéron, il était de règle de se conformer à cet avis (3), à moins que l'adversaire ne fût en mesure de prouver qu'il était contraire au droit en invoquant l'autorité d'autres jurisconsultes (4).

Cet usage, qui assurait aux jurisconsultes les plus renommés une influence décisive sur l'administration de la justice, était peu compatible avec le régime impérial. Ne pouvant le supprimer, Auguste l'a réglementé. 1° Il conféra à certains jurisconsultes le *jus publice respondendi*, le privilège de répondre aux consultations au nom du prince (*ex auctoritate principis*). A leur autorité personnelle se joignit désormais celle de l'empereur. Il va de soi que les autres jurisconsultes cessèrent d'avoir auprès des juges le même crédit que les jurisconsultes officiels; en cas de divergence, l'avis de ces derniers dut être prépondérant. 2° Pour garantir l'authenticité de la réponse, Auguste décida qu'elle serait consignée dans un écrit revêtu du sceau du jurisconsulte qui l'aurait délivrée (5).

(1) Gell., XII, 13 : *Isti periti studiosique juris quos adhibere in consilium judicaturi soletis*; XIV, 2 : *Amici mei quos rogaveram in consilio, viri exercitati in patrociniis et in operis fori celebres*.

(2) Cic., *p. Quintio*, 2 ; Plin., *Ep.*, I, 20 ; Val. Max., VIII, 2, 2.

(3) Cic., *p. Cæc.*, 23 : *Illud in tota defensione tua mihi maxime mirum videbatur te dicere jurisconsultorum auctoritati obtemperari non oportere*. Cf. 28.

(4) Cic., *eod.*, 24 : *Ipse Crassus non ita causam... egit ut contra jurisconsultos diceret, sed ut hoc doceret, illud quod Scævola defendebat non esse juris, sed etiam Q. Mucio... multisque peritissimis hominibus auctoribus uteretur*.

(5) Pomp., D., I, 2, 2, 49. Sur l'utilité de cette règle, voir les observations de Zangemeister (*C. I. L.*, IV, Suppl., p. 278) et de Erman (*Z. Sav. St.* 1899, XX, 186) au sujet des cachets apposés sur la partie ouverte des quittances de Pompei.

Hadrien ajouta une disposition à ce règlement pour en déterminer la portée : lorsque les jurisconsultes dont on produit l'avis sont unanimes, le juge ne peut statuer en sens contraire. En cas de divergence, le juge conserve sa liberté d'appréciation. Les réponses des prudents ont force de loi sur tous les points où il y a accord entre eux (I, 469, 2). Les jurisconsultes gratifiés du *jus respondendi* sont des *juris conditores* (1).

CHAPITRE III

La jurisprudence.

I

INFLUENCE DE LA JURISPRUDENCE.

La jurisprudence a, durant cette période, exercé sur le droit une influence prépondérante. Cette influence est due à une double cause : l'autorité personnelle des jurisconsultes, la perfection de leur science du droit.

1° Sous la République, l'autorité des jurisconsultes tient d'abord à l'estime et au respect que les Romains avaient pour le droit (2). De bonne heure, ils ont compris que le droit est une puissance morale et que sa réalisation exige une volonté ferme et permanente (3). Aucun peuple n'a été plus jaloux de sa liberté; aucun ne s'est soumis plus spontanément aux exigences de la loi. L'autorité des jurisconsultes tient ensuite à la séparation qui existait entre le jurisconsulte et l'avocat (4). Etranger aux débats judiciaires et aux passions qu'ils soulèvent, cherchant uniquement à se rendre utile et ne souhaitant pour prix de ses consultations que la faveur de ses concitoyens (5), le juris-

(1) Inst., I, 2, 8. Hadrien a-t-il été plus loin ? A-t-il attribué force de loi aux règles établies par la jurisprudence ? On l'a soutenu en faisant remarquer que d'après Gaius (I, 7), les *responsa* sont *sententiæ et opiniones*. Pour savoir si une règle est ou non *sententia recepta*, il faudrait rechercher si elle est admise par tous les *juris conditores* sans s'occuper des autres jurisconsultes (Puchta, *Rhein. Mus.*, V, 145). Cette opinion est peu vraisemblable : elle compliquerait la tâche du juge au lieu de la simplifier.

(2) Cic., De nat. deor., I, 2; Val. Max., VI, 5 pr. Cf. notre article Jurisconsulti (*Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, t. V, p. 716).

(3) Ulp., 1 Reg. D. I, 1, 10 pr

(4) Cic., De leg., I, 4; Top., 12, 51; Sen., *Apok.*, 12. Aquilius Gallus, consulté sur un point de fait, répondit : *Nihil hoc ad jus; ad Ciceronem.*

(5) Cic., De or., III, 33.

consulte reste dans une sphère plus haute, ses avis offrent plus de garanties d'impartialité. Il faut d'ailleurs se garder de le prendre pour un pur théoricien. Les Romains n'ont pas connu cette séparation de la théorie et de la pratique qui n'est que trop fréquente de nos jours; ils ont su les allier dans une juste mesure, grâce à l'usage de ne conclure aucun acte important sans l'avis d'un jurisconsulte (1).

Sous l'Empire, la situation des jurisconsultes ne fut pas moindre que sous la République. Presque tous ont suivi la carrière des honneurs et ont rempli les fonctions les plus élevées : préteurs, consuls, proconsuls, légats impériaux, membres du conseil impérial, secrétaires d'état, préfets des vigiles, de la ville, du prétoire (2). Malgré la ruine des libertés publiques, ils ont su défendre les droits privés contre les empiètements des pouvoirs publics, et dans cette tâche ils ont fait preuve d'une noblesse de sentiments digne des Romains des meilleurs temps de la République. Ils ont eu d'ailleurs pleine conscience de la grandeur de leur mission : ils la comparent à un sacerdoce (3).

2° La perfection de la science du droit est un fait d'autant plus remarquable que dans toutes les autres branches du savoir humain, on constate, au premier siècle de l'Empire, des signes de décadence. Seule la jurisprudence suit une marche ascendante jusqu'au temps des Sévères. On va l'étudier sous ses divers aspects : la méthode, les principes, les écoles, la littérature.

II

LA MÉTHODE.

La méthode propre à la jurisprudence classique doit être envisagée au double point de vue de la technique et de la formation du droit. Cette méthode a été inaugurée au dernier siècle de la République : l'initiative appartient au grand pontife Q. Mucius Scævola, consul en 659, mort en 672 (4).

§ I[er]. *La technique.* — Au point de vue de la technique, la jurisprudence classique s'est proposé : 1° de faciliter l'intelli-

(1) *Ibid.*, I, 45; Hor., *Sat.*, I. 10.

(2) Voir notre *Conseil des Empereurs*, p. 336; 323, 2; 341-346; 365, 3 et 5; 389, 2; et nos notes sur Borghesi, *OEuvres*, t. X, p. 62, 85, 111, 116.

(3) Ulp., 1 Inst., D. I, 1, 1, 1.

(4) Q. Mucius fut aussi bon administrateur que grand jurisconsulte. Proconsul d'Asie, son administration fut proposée par le sénat en modèle à ses successeurs (Val. Max., VIII, 15, 6). Les Grecs d'Asie reconnaissants fondèrent des jeux en son honneur (Asc., *in Verr.*, 2, 210; inscr. de Mésie, *Rev. de phil.*, 1901, p. 86).

gence et de favoriser les progrès du droit en coordonnant systématiquement les dispositions établies par la loi ou par l'édit des magistrats, ou consacrées par la coutume; 2° d'agrandir la sphère d'application des règles édictées pour un cas particulier, en dégageant ce qu'elles renferment de général, puis en utilisant les principes ainsi découverts pour la solution des cas nouveaux que fait naître la pratique; 3° de déterminer le sens des lois ou des actes juridiques (I, 717).

I. — Jusqu'au premier tiers du septième siècle, la jurisprudence ne s'élève guère au-dessus de l'interprétation littérale et de la paraphrase des textes. Tout au plus arrive-t-elle à formuler quelques règles de droit (I, 468, 473) : sa force d'abstraction ne va pas au delà. Ceux qu'on appelle les fondateurs du droit civil, Manilius, Brutus, P. Mucius, ne se distinguent pas sous ce rapport de leurs prédécesseurs; ils ne traitent que des cas particuliers (I, 476) : ce sont des casuistes (1).

Le développement de la casuistique rendit la connaissance du droit plus laborieuse (2). La méthode analytique avait donné les résultats qu'on en pouvait attendre : le moment était venu de recourir à la synthèse. Il fallait ramener à des notions générales les décisions d'espèces, grouper systématiquement les règles de droit en les considérant comme les éléments d'un seul tout (3). Cette transformation s'opéra sous la double influence de la philosophie et de la rhétorique grecques (4). L'influence de la Grèce, surtout en ce qui touche la philosophie, a été souvent exagérée : à la philosophie grecque, les jurisconsultes empruntèrent l'art de présenter les règles de droit dans un ordre systéma-

(1) Un passage de Labéon fait ressortir la distance qui sépare le casuiste du jurisconsulte : *Id Brutum solitum dicere, furti damnatum esse, qui jumentum aliorsum duxerat, quam quo utendum acceperat ; item qui longius produxerat, quam quem in locum petierat.* A cette énumération forcément incomplète, Q. Mucius substitue la définition du *furtum usus : Quod cui servandum datum est, si id usus est, sive quod utendum acceperit, ad aliam rem, atque accepit, usus est, furti se obligavit* (Gell., VII, 15). Cf Gaius, III, 196

(2) Cicéron (De or., II, 33) en fait l'observation : « Je vois, dit-il, dans les livres de Brutus et de Caton, qu'ils ont presque toujours soin de nommer les personnes, hommes et femmes, à qui ils ont donné des décisions sur le droit : ils ont voulu, je pense, nous faire croire que la consultation ou la raison de douter tenait à la personne et non au fond de l'affaire; et comme le nombre des personnes est infini, nous décourager de l'étude du droit et nous faire perdre la volonté d'apprendre en même temps que l'espérance de savoir. »

(3) En cela consiste, dit Cicéron (De or., I, 42, 190), l'*ars perfecta juris civilis*.

(4) Plusieurs jurisconsultes du VII[e] siècle étudièrent les doctrines stoïciennes à l'école de Panætius : Q. Ælius Tubero, P. Rutilius Rufus, Sextus Pompeius (Cic., Tusc., IV, 2 ; De or., I, 45; III, 21 ; De off., I, 6 ; III, 15 ; Phil., XII, 11 ; Brut., 47, 175). M. Porcius Cato, malgré son peu de goût pour l'hellénisme, résume les règles de la rhétorique grecque dans un chapitre des Préceptes adressés à son fils (Quint., III, 1, 19).

tique et de développer leurs idées dans un ordre logique; à la rhétorique, de nouveaux principes d'interprétation des lois et des actes juridiques.

Q. Mucius eut le premier la pensée d'appliquer à la composition des ouvrages de droit les principes de la logique d'Aristote : il classe les matières dans un certain ordre (*per genera*), il les divise *per partes*. Des espèces en apparence très différentes sont rapprochées, et l'on voit apparaître le trait qui leur est commun par leur classement dans une catégorie déterminée. En même temps, Q. Mucius s'efforce de fixer le sens de certaines notions juridiques par des définitions (I, 472) : c'est le seul moyen d'introduire la précision dans les idées et de donner une base solide aux raisonnements.

Tel fut le premier essai d'élaboration scientifique du droit (1). De l'avis de Cicéron, l'exécution ne répondit pas à l'intention. Il reproche aux classifications de Q. Mucius d'être sans valeur doctrinale, à ses définitions d'être insuffisantes (2). C'est à Servius Sulpicius Rufus (3) que revient le mérite d'avoir présenté le droit sous la forme d'un corps de doctrine, c'est-à-dire d'un ensemble de propositions logiquement déduites d'un certain nombre de prémisses (4). Cette façon nouvelle d'exposer le droit n'eut pas seulement l'avantage de satisfaire l'esprit par sa clarté : elle facilita l'application du droit. Toute solution conforme aux prémisses fut tenue pour exacte; toute solution contraire dut être rejetée. Jusqu'alors on avait résolu les questions de droit d'une manière en quelque sorte instinctive : on s'attachait à relever des détails sans intérêt juridique (5) plutôt qu'à motiver les réponses; on s'inclinait devant l'autorité morale de ceux qui

(1) Q. Mucius eut pour disciple C. Aquilius Gallus, préteur en 687, l'auteur de la stipulation Aquilienne et de la formule servant à instituer les posthumes Aquiliens.

(2) Cic., Brut., 41, 152 : *Existumo juris civilis magnum usum, et apud Scævolam et apud multos fuisse, artem in hoc uno.*

(3) Disciple d'Aquilius Gallus (Pomp., D., II, 1, 2, 2, 43), consul en 703, il avait été à Rho les en même temps que Cicéron, sans doute pour y étudier la rhétorique et la philosophie avec Apollonius et Posidonius (Cic., Brut., 41 ; Phil., IX, 5). A la fois philosophe, orateur et jurisconsulte, Servius exerça par ses livres, au nombre de cent quatre-vingts, et par ses réponses, une grande influence sur ses contemporains. Cicéron (Brut., 42, 153) vante l'élégance de sa parole et de ses écrits. Pomponius cite dix jurisconsultes formés à son école, et, au premier rang, Aulus Ofilius et P. Alfenus Varus.

(4) Cic., Brut., 41, 152.

(5) Cic., De leg., II, 19, 47 : *Jurisconsulti... sæpe, quod positum est in una cognitione, id in infinita disp rtientur.* Par exemple, au lieu de poser en règle, le complice d'un vol est passible de l'action *furti*, les anciens procédaient par voie d'énumération et visaient (Gaius, III, 202) *qui panno rubro fugavit armentum* (*ut alius id exciperet*). Cf. t. 1er, p. 729.

les avaient émises. Désormais on prit l'habitude d'indiquer la raison de décider, le principe sur lequel on s'était appuyé : chacun put apprécier s'il convenait de l'appliquer à l'espèce proposée.

La méthode inaugurée par Servius eut aussi pour résultat de favoriser le progrès du droit. Pour définir les notions juridiques, une analyse minutieuse de leurs éléments constitutifs était indispensable. Cette analyse conduisit la jurisprudence à séparer des droits jusqu'alors confondus : tel le droit du *paterfamilias* qui s'appliquait aussi bien aux membres de la famille qu'aux objets composant le patrimoine. On jugea excessif d'assimiler et par suite de ranger dans une même classe un fonds de terre ou un animal domestique, et un fils de famille capable d'exercer les plus hautes magistratures. On distingua d'abord le droit sur les choses (*dominium*) et le droit sur les personnes (*potestas*). On subdivisa ensuite le droit sur les choses suivant qu'il porte sur notre propre chose ou sur la chose d'autrui ; le droit sur les personnes suivant qu'il porte sur les enfants (*patria potestas*) ou sur les esclaves (*dominica potestas*), sur la femme mariée (*manus*) ou sur un fils de famille mancipé par son père (*mancipium*). Ces distinctions furent suivies de beaucoup d'autres : à mesure que des droits nouveaux furent consacrés, on eut soin de fixer leurs caractères propres, de marquer les analogies et les différences avec les autres droits. On distingua par exemple la propriété prétorienne ou la possession de bonne foi et la propriété quiritaire, les servitudes personnelles et les servitudes réelles.

Le grand mérite de Servius et de ses successeurs est d'avoir compris qu'une classification ou une distinction n'a de valeur qu'autant qu'elle correspond à une réalité. Elle doit être fondée sur une observation attentive de l'essence ou des qualités des choses, sur une juste appréciation des rapports économiques. Si elle n'a pas pour objet de faire ressortir des différences réelles, c'est une complication inutile. Les jurisconsultes classiques ont su éviter ce défaut; leur intelligence des réalités pratiques se manifeste dans la distinction des causes et des modes d'acquérir, de la valeur vénale et de la valeur relative, des choses *in patrimonio* ou *extra patrimonium*, de la substance et des qualités particulières des choses, des objets de consommation et des choses d'usage, des choses principales et accessoires, des corps certains et des quantités.

II. — La méthode nouvelle ne fut pas moins féconde pour le développement du droit. Les procédés des anciens étaient gros-

siers et d'une portée limitée : ils consistaient à détourner les actes juridiques ou de procédure de leur application normale, à faire usage d'actes imaginaires, dénaturés ou fictifs (I, 467 ; 733). Il fallait à tout prix rattacher l'innovation à la lettre de la loi ou à la forme d'un acte consacré par les Douze Tables ; hors de là, elle était sans appui, partant sans valeur juridique. La jurisprudence classique a réussi à s'affranchir de ces expédients. L'habitude de motiver les réponses en recherchant la raison de la loi fournit un moyen très simple et très sûr d'agrandir la sphère d'application des règles établies pour un cas particulier : on y fit rentrer les cas non prévus, ceux-là mêmes auxquels la loi n'avait pas songé, toutes les fois qu'il y avait même raison de décider. C'est l'interprétation par voie d'analogie.

Cette forme de raisonnement n'était pas entièrement inconnue aux jurisconsultes du commencement du VIIe siècle, mais l'analogie qu'ils invoquent repose plutôt sur une ressemblance extérieure (1). Dès la fin de la République, l'interprétation fondée sur un raisonnement d'analogie apparaît dans les réponses de Trebatius, d'Ofilius, de Labéon (2). Cicéron la justifie parce qu'il est impossible au législateur de tout dire : on doit suppléer ce qui manque dans la loi en s'appuyant sur ce qu'elle a dit (3) ; telle est aussi la règle formulée par Pedius (4) et par Julien (5). L'interprétation, consacrée par l'usage, a même force que la loi (6). Les jurisconsultes classiques ont fait une large place à l'interprétation par analogie : ils appliquent chaque règle de droit là où la raison de décider est la

(1) Voir les cas où l'on donne l'action de la loi Aquilia *quasi de rupto : Mulierem ejicere* (Brut., ap. Ulp., 16 ad Ed., D., IX, 2, 27, 22. Cf. Q. Muc., ap. Pomp., 39 pr. eod. ; *Navem perforare* (Vivian., eod., 27, 24) ; *Vestimenta scindere, inquinare* (Ulp., eod., 27, 18) ; *Arborem evellere* (Ulp., 38 ad Ed., D., XLVII, 7, 7, 2) ; *Rationes hereditarias delere* (Ulp., 19 ad Ed., D. X, 2, 16, 5). On trouve encore, à la fin de la République ou au début de l'Empire, quelques exemples de cette extension de la loi, fondée sur une analogie plus apparente que réelle. Les textes la caractérisent par le mot *quasi* : quasi-usufruit, *quasi mutuum*, quasi-possession, quasi-démence (Gaius, 3 Aur., D., XLIV, 7, 5, 3 ; IV, 139. Cf. Jav., 5 ex Post., D., VIII, 1, 20 ; Marcel., 7 Dig., D., V, 2, 5 ; Marc., 4 Inst., eod., 2).

(2) Ap. Ven., 1 Inst., D., XLIII, 23, 2. Cf. Sab., ap. Gaium, III, 218.

(3) Cic., De inv., II, 50, 151-152.

(4) Ap. Ulp., 1 ad Ed. æd., D., I, 3, 13 : *Quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, cetera quæ tendunt ad eamdem utilitatem, vel interpretatione vel certe jurisdictione suppleri.*

(5) 15 Dig. eod., 12 : *Non possunt omnes articuli singulatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni præest, ad similia procedere atque ita jus dicere debet.*

(6) Paul, 4 ad Plaut., D. I, 3, 23 : *Minime sunt mutanda quæ interpretationem certam semper habuerunt.* Cf. Jul., 90 Dig. eod., 11 ; Ulp., 24 ad Ed., D., XXV, 4, 1, 11 ; Inst., IV, 3, 10.

même (1); ils l'écartent s'il y a une raison de distinguer (2).

III. — Comme leurs prédécesseurs, ils n'ont eu garde de négliger l'interprétation littérale : ils n'oublient pas que l'exégèse ou paraphrase du texte est leur premier devoir (3). Ils mettent tout leur soin à fixer le sens des termes obscurs ou ambigus (4) dans les lois et dans les actes juridiques. Ils savent le prix d'une langue claire et précise (5) pour prévenir les contestations et pour exclure la chicane (6). Juristes et philologues composent des traités de *verborum significatione* (7).

Tout en s'attachant à l'interprétation littérale, les jurisconsultes classiques en ont singulièrement élargi la portée (8) : ils ont posé en principe qu'il convient de rechercher la véritable pensée du législateur lorsqu'elle paraît inexactement exprimée (9), et de faire prévaloir l'esprit sur la lettre de la loi (10). Pour y

(1) Tert., 1 Quæst., D., I, 3, 27; Paul, 33 ad Ed. D., XVIII, 1, 34, 7; Scæv., 6 Quæst., D., XXVIII, 2, 29, 5. Ils ont étendu par exemple l'édit des édiles sur les vices rédhibitoires à toute espèce de vente (I, 615, 3) et même au louage (Serv., Lab., Sab. ap. Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 2, 19, 1), l'action *æstimatoria* aux contrats innommés. Cf. l'assimilation établie par Celsus (Collat. XII, 7, 10) entre les abeilles et les colombes *quæ si manu effugiunt domi tamen refugiunt*. Cf. Pomp. D. X, 2, 8, 1. Pour bien marquer cette extension fondée sur une raison d'analogie, ils emploient parfois les expressions *ad exemplum*, *instar*, *per consequentias* (Mod., 12 Pand., D., XLVIII, 4, 7, 3; Pap., 7, 8 Resp., D., XXX, 76 pr., 77, 29; Paul, 27 Dig., D., XXXIX, 6, 15; Marc., 1 pub. jud., D, XLVIII, 15, 3, 1; Jul., 47 Dig., D, XXXIX, 6, 17; Ulp., 10 De off. proc., D., XLVIII, 19, 9, 3) Papinien (3 Resp., D., XIV, 3, 19) accorde aux tiers contre le mandant une action utile *ad exemplum institoriæ actionis*. L'action de constitut se donne *exemplo arbitrariæ actionis* (*de eo quod certo loco*) : Ulp., 37 ad Ed., D., XIII, 5, 16, 1.

(2) Gaius, III, 75. La règle *Impensæ necessariæ dotem ipso jure minuunt* ne s'applique pas aux dépenses faites *ad tempus*. Ces dépenses sont la charge des fruits et ne motivent aucune retenue (Paul, 7 ad Sab., Fr. *Sinaï*, 8).

(3) Cic., ad Her., IV, 28, 38; Ulp., 15 ad Ed., D., V, 3, 20, 6.

(4) Cic., Brut., 41, 152. Tel le mot *servus* dans la loi Cincia (I, 558, 3); le mot *recipere* dans l'édit sur le *receptum nautarum* (Vivian., ap. Ulp., 14 ad Ed., D, IV, 9, 1, 6); l'expression *in potestatem reverti* dans la loi Atinia (Sab, Cass. ap. Paul, D., L, 16 215).

(5) Quintilien (V, 14, 34) vante leur *summus circa verborum proprietatem labor*.

(6) Paul, 4 ep. Alf., D., X, 4, 19 : *Non oportere jus civile calumniari neque verba captari, sed qua mente quid diceretur, animadvertere convenire.*

(7) Plusieurs titres du Digeste sont pleins de textes empruntés aux jurisconsultes de la fin de la République et du début de l'Empire, destinés à éclaircir le sens des mots *aurum*, *argentum*, *mundus*, *instrumentum*, *penus*, *suppellex* employés dans les legs : D. XXXIV, 2, 32, 1 et 3; 27 pr.; 39; XXXIII, 10, 7, 1-2; 7, 12; 5 pr.; 10; 12.

(8) Les classiques font parfois usage d'autres formes de raisonnement pour déduire les conséquences qui résultent de la loi. Ce sont : 1° l'argument *a contrario* qui sert à écarter l'application de la loi dans l'hypothèse inverse de celle qui a été prévue. (Paul, 2 de adult., D., XXII, 5, 18; Ulp., 1 ad Sab., D., XXVIII, 1, 20, 6); 2° l'argument *a fortiori* (Ulp., 30 ad Sab., D. L, 17, 26); 3° l'argument *a majori ad minus*, où l'on applique l'adage : « Qui peut le plus peut le moins » (Ulp., 27 ad Sab., *eod.* 21).

(9) Paul, 1 ad Ner., D., XXXII, 25, 1.

(10) Cic., *De inv.*, II, 48, 141; *Part. Or.*, 29, 136. Cels. 29 Dig., D., I, 3, 18. *Ibid.*, 17 : *Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* (Cf.

parvenir, il emploient deux procédés indiqués par Cicéron et par les rhéteurs de la fin de la République (1).

Le premier consiste à s'aider de l'étymologie, de l'acception primitive ou usuelle du mot qui donne lieu à la difficulté, des règles de la syntaxe (2). C'est ce qu'on appelle l'interprétation grammaticale. Le second procédé consiste à rapprocher du texte douteux d'autres passages de la même loi (3) ou de lois relatives à des matières analogues (4), à rechercher le but de la loi (*ratio legis*) (5), les faits qui l'ont motivée (*occasio legis*) (6), à montrer que les conséquences de l'interprétation proposée sont conformes à l'utile, à l'honnête, à l'équité (7), et que l'application littérale de la loi conduirait à l'absurde (8). C'est l'interprétation logique. Elle a pour résultat d'étendre ou de restreindre la portée apparente de la loi : tantôt on applique la loi à des hypothèses qui, sans être visées expressément par le texte, y rentrent cependant d'après l'esprit de la loi (9) ; tantôt on soustrait à son application des cas qui semblent visés par le texte, mais qui sont exclus par l'esprit de la loi (10).

§ 2. — *L'œuvre créatrice de la jurisprudence.* — La jurisprudence classique n'a pas seulement agrandi la sphère d'application de la loi en l'interprétant par voie d'analogie : elle a fait œuvre créatrice et affirmé sa puissance en donnant une valeur juridique à des institutions ou à des règles que le

Quintil., *Decl.*, 331). Mod. 4 Exc., D., XXVII, 1, 13, 2; Ter. Clem., D., XXIII, 2, 48 pr.

(1) Cette influence se manifeste par l'emploi des termes familiers aux rhéteurs et par l'importance que les jurisconsultes attribuent aux définitions (ὅρος), à la solution des cas ambigus, à la distinction entre la parole et l'intention (ῥητὸν καὶ διάνοια) (Ulp., 4 ad Ed., D., I, 3, 30; Mod., *loc. cit.*). Q. Mucius et Papinien composèrent un livre ὅρων ou *definitionum ;* Julien, un traité *de ambiguitatibus*.

(2) Cic., *Part. Or.*, 36, 123-126 ; *De inv.*, II, 17, 54.

(3) Cels., 9 Dig., D., I, 3, 24 : *Incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula ejus proposita, judicare vel respondere.*

(4) Cic., *De inv.*, II, 50; Sab. ap. Gaium, III, 218; Jul., 15 Dig. D., I, 3, 12.

(5) Mod., 8 Resp. *eod.* 25 ; Ulp., 5 *de omn. trib.*, D., II, 15, 8, 6.

(6) Ulp., 6 ad Ed. D., III, 1, 5, 1; 29 ad Ed. D., XIV, 6, 1 pr.

(7) Cic., *De inv.*, II, 41, 119; I, 38, 68; Cic., *ad Her.*, II, 11.

(8) Cic., *Part. Or.*, 38, 132 ; *ad Her.*, II, 10, 14; *de inv.*, II, 48, 141.

(9) Pap., ap. Ulp., 33 ad Sab. D., XXIV, 1, 32, 16; Paul, 21, 22 ad Ed. D., VI, 1, 27, 3; IX, 1, 4; Ulp., 13 ad Sab. D., XXXVIII, 17, 2, 23 et 40; Paul, *eod.*, 6, 1. Il ne faut pas confondre l'interprétation extensive avec l'application de la loi par voie d'analogie : la première exprime ce que le législateur a voulu dire alors qu'il s'est mal expliqué (Gaius, III, 76); la seconde, ce qu'il aurait dit s'il avait pu songer à l'hypothèse nouvelle que la pratique a fait naitre. Ici le jurisconsulte sort du rôle d'interprète : il crée le droit, mais en s'appuyant sur un principe posé par la loi et dont il déduit la conséquence. — On ne confondra pas non plus l'interprétation due à la jurisprudence et qui porte le nom d'interprétation doctrinale, avec celle qui émane du sénat et le plus souvent de l'empereur.

(10) Paul, 4 ep. Alf. D., X, 4, 19; Ulp., *loc. cit.*, 29.

législateur n'avait pas consacrées (1). Le point d'appui qu'elle ne trouvait pas dans la lettre ou dans la raison de la loi, elle l'a cherché dans certaines notions supérieures empruntées à la philosophie grecque, celles d'une *societas hominum*, d'une *lex naturæ*, du *bonum et æquum*.

I. — On s'est souvent mépris sur l'influence que la Grèce a exercée sur la formation du droit romain : on a cru qu'elle a suggéré aux Romains la notion des actes non solennels. C'est une erreur (I, 488) : elle a seulement fourni à la jurisprudence une raison théorique pour justifier la sanction qui leur a été donnée. Ces actes, conformes à l'usage des honnêtes gens, ont été pendant longtemps usités à Rome (2), bien que dépourvus de sanction civile. Pour les faire entrer dans la sphère du droit et leur assurer la sanction qui leur faisait défaut, Q. Mucius fit valoir qu'ils étaient nécessaires aux hommes vivant en société (I, 690, 2) : cette nécessité doit tenir lieu de loi C'était là une idée neuve pour les Romains. Primitivement le droit fut pour eux le résultat d'un engagement pris par les citoyens les uns envers les autres ; la communauté de droit n'existait qu'entre membres d'une même cité. La jurisprudence fit admettre qu'indépendamment de toute loi, on serait tenu d'observer les actes réputés indispensables à la vie sociale C'était une vérité reconnue par les peuples avec lesquels les Romains étaient en relations, notamment par les Grecs. Les tribunaux romains furent autorisés à appliquer cette règle aux étrangers aussi bien qu'aux citoyens. Tel fut le point de départ du *jus gentium*, qui reçut par la suite un large développement.

II. — C'est également à la philosophie grecque que fut empruntée la notion de la loi naturelle. Q. Mucius et ses successeurs se sont bien gardés de se perdre dans un vague idéal. Laissant aux stoïciens le soin de résoudre les conflits entre les devoirs de morale, de fixer les limites parfois incertaines de l'honnête et de l'utile, les jurisconsultes sont restés sur un terrain beaucoup plus résistant. Ils envisagent la loi naturelle dans son application aux hommes, aux choses, aux contrats, aux

(1) Il est d'autant plus nécessaire d'insister sur ce point qu'il est plus méconnu. Bien des juristes modernes en sont restés aux procédés d'interprétation des Prudents du temps de Cicéron : ils ne paraissent pas se douter de la méthode des classiques. Ils se sont fait, dit M. Gény (*Méthode d'interprétation*, 1899, p. 133), « un système tout entier en formules et en catégories pures qui a rendu la jurisprudence stérile et même rebelle au progrès. »

(2) Sex. Cæcil., ap. Gell., XX, 1, 41 : *Hanc autem fidem majores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt maximeque in pecuniæ mutuaticæ usu atque commercio.*

actions ; ils cherchent quel est leur état normal d'après leur constitution intellectuelle, physique ou juridique. C'est la *natura hominum* (1), *rei* (2), *negotii* (3), *actionis* (4). Cet état une fois déterminé leur a fourni un critérium pour résoudre certains problèmes de droit. La loi naturelle a été également invoquée pour motiver l'introduction d'un nouveau mode d'acquérir la propriété, l'occupation, fondée sur la *naturalis possessio* et qui anciennement ne faisait pas acquérir directement la propriété quiritaire, comme le prouve l'usucapion *pro herede*. Enfin et surtout la loi naturelle a permis d'attribuer à certains faits une valeur juridique à l'égard des esclaves (parenté naturelle, obligation naturelle, etc.).

En face de la loi, expression de la volonté arbitraire du peuple, en face de la coutume, manifestation des besoins de la vie civile à une époque donnée, la jurisprudence a placé la loi naturelle, qui règle d'une manière uniforme chez tous les peuples et dans tous les temps certains rapports entre les hommes ou entre les hommes et les choses (5). Cette loi doit avoir une valeur égale, sinon supérieure, à celle de la loi civile ; elle mérite d'être traitée comme une source du droit (6). La seule question est de savoir s'il convient de lui attribuer une valeur absolue.

(1) La *natura hominum* est invoquée pour établir soit la notion de la faute lourde (Cels., 11 Dig., D., XVI, 3, 32), soit la présomption de survie (Jav., 5 ex Cass., D., XXXIV, 5, 22; Gaius, eod., 23). Cf. l'interprétation d'un legs, fondée sur ce qu'il est dans la nature humaine d'apprendre tous les jours : Marc., D., XXXII, 65, 3.

(2) La *natura rei* fournit une raison de distinguer entre les legs quant à leur étendue (Paul, 2 ad Vit. eod., 78, 4), entre les obstacles à l'exercice d'une servitude urbaine quant à l'*usucapio libertatis* (Q. Muc., ap. Pomp., D., VIII, 2, 7; Alf., ap. Paul, 49 ad. Ed., D., XXXIX, 3, 2, 5), entre les faits donnant lieu à l'action *de pauperie* (Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 1, 1, 7). Cf., sur la nature des animaux, Gaius, 2 Aur., D., XLI, 1, 5, 2; 5, 5-6.

(3) La *natura negotii* a plus d'importance pratique : elle se détermine d'après l'ensemble des droits et obligations qui découlent légalement d'un acte juridique. Toute clause contraire à la nature de l'acte est nulle (Q. Muc., dans Gaius, III, 149; Jav., 2 ex Plaut., D., XXI, 2, 60; Jul., ap., Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 1, 11, 18; Pap., 9 Quæst., D., XVI, 3, 24). Venuleius (6 stip., D., XLV, 1, 139) invoque la *natura indivisa venditionis* pour imposer aux héritiers du vendeur l'obligation de défendre *in solidum* en cas d'éviction. — On peut, par une convention spéciale, étendre la portée de certains contrats (Paul., 5 Quæst., D., XIX, 5, 5, 4).

(4) La *natura actionis* varie suivant les conséquences qu'elle entraine (par ex., le doublement en cas d'*infitiatio* : Jul., ap. Ulp., D., V, 3, 20, 4) et suivant les pouvoirs qu'elle confère au juge (Ulp., 25 ad Ed., D., XI, 7, 14, 3; Jav., *loc. cit.*).

(5) La distinction de la loi naturelle et de la loi civile est exprimée par Alf., 1 ep., D., XLVIII, 23, 3; Quint., XII, 10, 26; Gaius, III, 194; Gell., VI, 3, 45 ; Lab., ap. Ulp., 38 ad Ed., D., XLVII, 4, 1, 1.

(6) Paul, D., XLVIII, 20, 7 pr. : *Cum ratio naturalis, quasi lex quædam tacita, liberis parentum hereditatem adjiceret, velut ad debitam successionem ea vocando... propter quod et in jure civili suorum heredum nomen iis indictum est... æquissimum existimatum est, eo quoque casu quo propter pœnam parentis aufert bona damnatio, rationem haberi liberorum.*

III. — Parmi les notions qui ont servi de point d'appui à la jurisprudence pour créer le droit, la plus féconde est celle de l'équité. On ne peut songer à énumérer ici toutes les règles qui n'ont d'autre fondement que l'équité. On citera à titre d'exemple la théorie de la demeure, de la faute contractuelle, la notion du gain intérimaire, du concours de deux causes lucratives, la distinction des diverses sortes d'impenses, la responsabilité de celui qui par dol a cessé de posséder. Aucune loi n'a consacré ces règles : elles ont été unanimement acceptées et appliquées lorsque la jurisprudence eut démontré qu'elles étaient conformes à l'équité.

Ces indications suffisent pour montrer comment la jurisprudence, s'élevant au-dessus des textes législatifs, peut faire œuvre créatrice. Elles prouvent en même temps que tout le droit n'est pas dans la loi écrite ou la coutume : ce qu'il y a de meilleur peut-être dans la législation romaine ne vient ni d'un vote du peuple ni de l'édit du Préteur, mais de la jurisprudence S'inspirant de quelques idées philosophiques, elle a réussi à briser les cadres trop étroits du droit ancien, à ouvrir des perspectives nouvelles sans se laisser égarer par des chimères, sans jamais oublier que sa mission est de formuler des conclusions pratiques.

III

LES PRINCIPES.

Si le droit du haut Empire a mérité le nom de classique, ce n'est pas seulement en raison de sa méthode, c'est aussi qu'il s'inspire d'un certain nombre de principes qui, aujourd'hui encore, forment l'idéal du droit de tout peuple civilisé (1).

1. — Tout homme libre, résidant sur le territoire de Rome, peut, sauf le cas de guerre, invoquer la protection de la loi.

Le droit classique a répudié la maxime d'après laquelle les citoyens seuls ont des droits (I, 105). Rome n'est plus un État

(1) Guizot a dit (*Hist. de la civilisation*, II, 357), et on a répété après lui : « Les jurisconsultes romains n'examinaient point ce que nous appelons les principes généraux du droit, le droit naturel ; ils avaient pour point de départ certains axiomes, certains précédents légaux ; et leur habileté consistait à en démêler subtilement les conséquences pour les appliquer aux cas particuliers, à mesure qu'ils se présentaient. Aussi les jurisconsultes romains furent-ils des dialecticiens d'une finesse et d'une vigueur admirables, non des philosophes » Guizot a confondu les casuistes antérieurs à Q. Mucius avec les classiques. Bossuet a plus sainement apprécié la jurisprudence romaine lorsqu'il déclare que « nulle part on ne trouve une plus belle application des principes de l'équité naturelle ».

fermé : ses conquêtes, ses relations commerciales ont amené sur son territoire un grand nombre d'habitants qui ne sont ni citoyens, ni alliés : ce sont des pérégrins sans *commercium*, ou des esclaves. Ils forment dans la société romaine un élément permanent dont le droit ne peut faire abstraction sans manquer son but. L'idéal eût été de reconnaître des droits à tous les hommes ; mais on était trop près de l'époque où le droit n'existait que pour les citoyens, il a fallu ménager la transition. Les Romains ont beaucoup fait pour réaliser le principe de l'égalité de droit : ils y ont presque réussi pour les étrangers ; ils en ont consacré quelques applications pour les esclaves.

1° Quant aux étrangers, la tâche de la jurisprudence a été facilitée par la distinction de deux groupes de règles de droit : celles qui avaient anciennement reçu la sanction de la loi, celles qui découlaient des usages des honnêtes gens (I, 490). Rien de plus simple que d'appliquer ces dernières aux étrangers dont on tolérait la présence sur le territoire (1) : c'était leur donner la possibilité de conclure soit entre eux, soit avec les Romains, toute une série de contrats, et d'obtenir la protection du Préteur pour en assurer l'exécution.

Ce fut le point de départ : la jurisprudence constatant que les règles, consacrées par l'usage pour ces contrats, se retrouvaient chez tous les peuples, conçut l'idée d'un droit distinct du *jus civile* et qu'on appela *jus gentium* (2). Ce droit ne resta pas limité aux contrats (3) : on l'étendit à certains modes d'acquérir la propriété, comme la tradition, l'occupation (4), à certaines actions délictuelles qui furent accordées aux pérégrins sans recourir à la fiction du droit de cité (5), à la faculté de constituer un *cognitor* (6), enfin même dans une certaine mesure au mariage (7).

(1) SUET., Aug., 42.

(2) Gaius (I, 1) emploie cette expression dans un sens plus large pour désigner un droit qui serait commun à tous les hommes : *Quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur vocaturque jus gentium quasi quo jure omnes gentes utuntur.* Le *jus gentium* ainsi entendu ne peut être invoqué devant les tribunaux romains.

(3) Appartiennent au *jus gentium* les contrats réels et consensuels, les contrats innommés, la stipulation, sauf en forme de *sponsio*, la *transcriptio a re in personam* (I, 710), les *con ictiones ob causam*, la gestion d'affaires, l'acceptilation.

(4) Gaius (II, 65-79) énumère les modes du droit des gens : il faut y joindre l'acquisition des fruits (2 Aur., D., XXII, 1, 28).

(5) Il ne paraît pas douteux qu'un bon nombre d'actions délictuelles prétoriennes avaient trouvé place dans l'édit pérégrin : le commentaire de GAIUS, *ad edictum provinciale*, en fournit la preuve.

(6) *Vat. fr.*, 319.

(7) Bien que le mariage du droit des gens soit *non justum*, la loi romaine sanctionne le devoir de fidélité de la femme (ULP., D., XLVIII, 5, 13, 2 ; PAP., *Collat.*, IV, 5). La perte du droit de cité par la femme n'est pas une cause de dis-

Les pérégrins peuvent donc contracter, acquérir la possession, être propriétaires (1), ester en justice en personne ou en se faisant représenter. Leur situation est satisfaisante quant aux droits du patrimoine. Pour les droits de famille et de succession, il n'y avait pas même raison d'admettre la communauté de droit. Et cependant la pratique a imaginé divers expédients pour permettre à un citoyen romain de gratifier un pérégrin à cause de mort : *mortis causa capio*, fidéicommis (2). La loi, même à partir d'Auguste, reçoit parfois une portée générale et s'applique à tous les peuples soumis à la domination romaine. La distinction du *jus civile* et du *jus gentium* a d'ailleurs perdu une grande partie de son intérêt depuis l'édit de Caracalla, qui a donné le droit de cité à tous les habitants libres de l'Empire.

2° En accordant des droits à tous les hommes libres, le droit classique ne fit que généraliser une règle déjà admise par l'ancien droit en faveur des pérégrins unis à Rome par un traité. Ce fut au contraire une innovation que de reconnaître des droits aux esclaves : la jurisprudence conçut l'idée d'un droit accessible à tous les hommes (*jus naturale*). Ce droit produit des effets qui seront indiqués en leur lieu (p. 130, 1 ; 346).

II. — Les membres de la famille ont des droits contre le chef : le père est tenu de pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses enfants, de payer leur rançon s'ils sont captifs, de doter sa fille. C'est une atteinte grave portée à l'organisation antique de la famille, et un acheminement vers la reconnaissance des droits individuels. Mais le fils seul jouit, dans une mesure assez large, de la capacité juridique : il dispose librement de son pécule militaire ; il s'oblige civilement par ses contrats. Il peut en son nom personnel agir en justice, soit au criminel en vertu de la loi Cornelia *de injuriis*, soit au civil par l'action prétorienne d'injures, la plainte d'inofficiosité, l'interdit *quod vi aut clam*, les actions de dépôt et de commodat.

III. — La parenté naturelle est prise en considération par la loi. Elle est désormais une source de droits : droit à la *bonorum possessio unde cognati* ou *contra tabulas*, à l'hérédité d'après les Sc. Tertullien et Orfitien, droit à la plainte d'inofficiosité, droit à des aliments, au rachat en cas de captivité, droit pour les filles à être dotées, droit de faire partie du conseil de famille appelé à donner son avis sur certaines questions intéressant les pupilles.

solution du mariage ; Marcellus l'autorise à exercer l'action *rei uxoriæ* après la mort de son mari (ap. ULP., 33 ad Ed., D., XLVIII, 20, 5, 1 ; ALEX., C., V, 17, 1).

(1) Les pérégrins ne peuvent acquérir l'usufruit (PAUL, 1 Man., *Vat. fr.*, 47).

(2) JAV., 13 Ep., D., XXXV, 1, 55 ; GAIUS, II, 285.

La parenté civile ou agnation conserve un intérêt, soit quant à la puissance paternelle très affaiblie, soit quant à la succession *ab* intestat et à la tutelle ou à la curatelle légitimes, lorsque le *de cujus* n'a pas, suivant l'usage, fait son testament.

La situation de la femme est profondément modifiée : *sui juris* et ingénue, dès qu'elle a douze ans, elle n'est plus en tutelle que pour la forme (1) ; *alieni juris*, le mariage lui procure une certaine indépendance vis-à-vis de son père qui ne peut ni la retenir chez lui contre le gré de son mari ni signifier le divorce à son gendre. Elle n'est pas moins indépendante vis-à-vis de son mari, car, même si elle est *in manu*, elle peut divorcer et, la répudiation une fois signifiée, forcer son mari à la libérer de la *manus* (2).

IV. — C'est une maxime de la philosophie grecque qu'il n'y a pas de société humaine possible là où il est permis de s'enrichir aux dépens d'autrui (3). Ce principe a été consacré, non pas d'une manière absolue, ce qui eût été excessif, mais dans une juste mesure et sous certaines conditions. On s'est efforcé de réprimer soit le préjudice injustement causé à autrui, soit l'acquisition injustement réalisée aux dépens d'autrui (4). Dans le premier cas, la réparation se calcule d'après le dommage subi par le demandeur (*quanti interest*); dans le second, d'après l'enrichissement du défendeur (*quanti locupletior factus est*). Ce principe est étranger à la matière des délits : il s'applique uniquement dans les rapports contractuels ou quasi-contractuels (5); il suppose que l'une des parties a agi sans droit (6) et contrairement à l'usage (7).

Il serait impossible d'énumérer ici toutes les applications que la jurisprudence a données à ce principe. Il suffira de dire qu'il

(1) Gaius (I, 171) dit que la seule tutelle sérieuse est la tutelle légitime; or, la tutelle des agnats a été abolie sous le règne de Claude.

(2) Herm., 6 jur. ep., D., XLIII, 30, 2; Paul, V, 6, 15 : Gaius, I, 137.

(3) Cic., De off., III, 5 : *Si unusquisque nostrum ad se rapiat commoda aliorum detrahatque quod cuique possit emolumenti sui gratia, societas hominum et communitas evertatur necesse est.*

(4) Pomp., 14 ad Sab., D., XXIII, 3, 6, 2 : *Bono et æquo non convenit .. aut lucrari aliquem... cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum.* Ce principe était déjà connu de Labéon (ap. Ulp., 37 ad Ed., D., XLVII, 4, 1, 1) et de Proculus (ap. Paul, 3 ad Ed., D., XIV, 3, 17, 4).

(5) En y comprenant les obligations imposées au demandeur ou au défendeur à une action réelle (p. 260).

(6) Paul, 64 ad Ed., D. L., 17, 151 : *Nemo damnum facit nisi qui id fecit quod facere jus non habet.* Ce principe était connu de Trebatius (D., XXXIX, 2, 24, 12).

(7) Le possesseur de bonne foi acquiert les fruits par la séparation (Paul, 23 ad Ed., D., X, 1, 4 2 : *Lucrari eum oportet*). Dans la vente et le louage, on peut se circonvenir mutuellement (Hor., Ep., II, 2, 10; Pomp., ap. Ulp., 11 ad Ed., D., IV, 4, 16, 4; Paul, 34 ad Ed., D., XIX, 2, 22, 3).

sert de fondement aux théories de la demeure, de la faute, des risques, des impenses, du dol, de la violence, de l'erreur, et qu'il a motivé la création des *condictiones ob causam*, de l'action *de in rem verso* et même de l'action *de eo quod ad eum pervenit* donnée contre l'héritier de l'auteur d'un délit. Grâce à ce principe, le droit classique a réussi à donner satisfaction à l'équité d'une manière presque parfaite dans la matière des contrats. Il y a réussi d'autant mieux que, dans le cas d'un dommage subi par le demandeur, la réparation, au lieu d'être fixée à forfait et *in abstracto* comme dans l'ancien droit, est proportionnée au préjudice éprouvé *in concreto*.

V. — Le rôle du juge a été élargi : il n'a pas seulement pour mission de dire qui a tort ou qui a raison comme dans l'action de la loi par serment ou dans l'action réelle *per sponsionem*, il a aussi le devoir de fixer le montant de la condamnation. Son pouvoir est plus ou moins étendu en matière personnelle suivant que l'action est de bonne foi ou de droit strict (1), en matière réelle suivant qu'il est ou non saisi d'une formule pétitoire.

VI. — En matière d'interprétation, le droit classique a reconnu avec la philosophie grecque que l'application strictement logique du droit est souvent injuste (2) : *summum jus, summa injuria* (3). Il a posé en principe qu'il faut tenir compte des raisons d'équité (4), d'utilité (5), d'humanité (6). En cas de doute, on doit toujours préférer l'interprétation la moins sévère (7).

(1) Sen., De ben., III, 7, 5 : *Judicem... formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit, hujus libera nullis adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adjicere et sententiam suam non prout lex et justitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere.* Cf. Venul., 1 stip., D., XLV, 1, 137, 2 : *Totum rem ad judicem remittamus, qui æstimet, quanto tempore diligens paterfamilias conficere possit quod facturum se promiserit... habita ratione ætatis, sexus, valetudinis.*

(2) Gaius, 2 Aur., D., XLI, 1, 7, 5; Pap., 8 Quæst., D., XI, 7, 43. Plusieurs textes désignent cet abus par le mot *subtilitas*, mais ces textes sont suspects à certains auteurs (Lenel, Gradenwitz). Jul., 29 Dig., D., XXVIII, 2, 13 pr.; Pomp., 2 ad Sab., D., XL, 4, 4, 2; Pap., 5 Resp., D., XXVIII, 3, 17; Ulp., 6 Disp., D., XXXIV, 5, 10. Ils expriment en tout cas une idée qui avait cours au temps des Antonins. *Vat. fr.*, 314 : *T. Antoninus... non admitti scrupulosam inquisitionem statuit.* Cf. Ulp., D., XXVIII, 5, 1. Le mot *subtilitas* est dans Gaius, IV, 30.

(3) Cic., De off., I, 10, 33. Cf. Ter., *Heant.*, IV, 5, 48 ; *Summa malitia* ; Col., de R. r., I, 7, 2 : *Summa crux* ; Ulp., 5 Fid., D., XL, 5, 24, 10.

(4) Jav., 7 Ep , D., L, 17, 200 : *Quoties nihil sine captione investigari potest, eligendum est quod minimum habet iniquitatis.*

(5) *Utilitas publica :* Pap., 8 Quæst., D., XI, 7, 4, 3. *Utilitas privata :* Lab., ap. Venul., 1 Interd., D., XLIII, 23, 2; Ped., ap. Ulp., 1 ad Ed. æd., D., I, 3, 13; Tryph., 14 Dig., XLVI, 3, 10; Paul, 15 ad Sab., D., VIII, 2, 20, 2.

(6) Sen., De ben., III, 7, 5 ; Pomp., 2 ad Sab., D., XL, 4, 4, 2; Ulp., 6 Disp., D., XXXIV, 5, 10, 1 ; Paul, IV, 12, 5.

(7) Gaius, 3 De leg., D., L, 17, 56 : *Semper in dubiis benigniora præferenda sunt.* Marcel., 29 Dig. eod., 192, 1 ; Paul, IV, 12, 5.

Ce principe n'a pas triomphé sans résistance (1). Quintilien s'est fait l'interprète des partisans de l'ancien système : « Il est inutile, » dit-il, « de faire des lois si l'on peut discuter devant le juge leur justice, leur équité, leur opportunité pour la cité » (2). Il y a évidemment une question de mesure. Il s'agit, en pratique, de faire prévaloir l'esprit sur la lettre de la loi, la volonté des parties sur les termes qui la manifestent (3), même dans les actes solennels (4). Celui qui abuse de la lettre dans l'interprétation d'un acte juridique commet une *captio*, une *calumnia* contre laquelle on se défend par une exception de dol; celui qui abuse de la lettre dans l'interprétation de la loi, commet une fraude qui est traitée comme une violation de la loi (5). Au IIIe siècle, le principe a définitivement prévalu (6).

VII. — Le formalisme, sans être entièrement banni des actes juridiques et de la procédure, n'est plus considéré comme indispensable : on lui trouve plus d'inconvénients que d'avantages (7). Aussi n'est-il plus créé d'actes juridiques solennels (8); l'accord des volontés (*nuda voluntas*) suffit. De nombreuses atténuations sont apportées à la rigueur du droit ancien : il n'y a plus de termes sacramentels; les synonymes sont autorisés pour la stipulation, l'institution d'héritier, l'exhérédation

(1) Au dernier siècle de la République, Q. Mucius, *a verbo... posse recedi non arbitrabatur* (Cic., p. Caec., 28, 79). Cf. Servius Sulpicius Galba (*Ibid.*, 24, 69); Aquilius Gallus (*Ibid.*, 27, 77); Trebatius (ap. Proc., 2 Ep., D., XXXIII, 6, 12); Servius Sulpicius Gallus Rufus (*loc cit.*); Alf., 2 Dig., D., XXX, 106; XVIII, 1, 40, 3.

(2) Quint., Decl., 264.

(3) La jurisprudence s'est engagée dans cette voie dès le temps de Cicéron (Serv., ap. Cels., 19 Dig., D., XXXIII, 10, 7, 2. Cf. Pap., 1 def., D., II, 15,5; 9 Resp., D., XXXV, 1, 102; Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 8, 12, 2).

(4) *Animus stipulantium* : Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 7, 12. *Animus novandi* : Ulp., 46 ad Sab., D., XLVI, 2, 8, 5.

(5) Paul, 4 ep. Alf., D., X, 4, 19; Ulp., D., I, 3, 29 et 30; Gaius, I, 46.

(6) Pap., 19 Quæst., D., XXIX, 7, 13, 1; Val., Gall., C., IV, 22, 1; Diocl., C., VIII, 48, 2.

(7) M. Gény (*op. cit*, 156) semble reprocher au droit classique d'avoir substitué au système des catégories formelles celui des catégories réelles, c'est-à-dire d'avoir caractérisé les institutions juridiques par leurs éléments substantiels. Nous croyons qu'il a plus justement apprécié le rôle de ces catégories en disant (p. 158) que les Romains y ont vu « des approximations idéales ayant pour but de faire avancer la science sans pouvoir en entraver le progrès, bref, des instruments souples, prêts à se plier constamment aux exigences sociales et à tous les besoins de la vie ». Les preuves abondent pour l'époque impériale (cf. p. 280), et l'on peut en citer du temps de Cicéron : Servius admet la combinaison du droit réel et du droit de créance dans la servitude *oneris ferendi*, comme on l'admettra plus tard pour la superficie et d'autres droits réels. — Sur l'utilité des constructions juridiques, cf. le compte rendu de M. Meynial (*Nouv. Rev. Hist.*, 1901, XXV, 384).

(8) *La bonorum cessio*, introduite sous Auguste par la loi Julia, exige cependant une déclaration *in jure* qui fut supprimée en 386 par Théodose (C. Th., IV, 20, 3). Mais déjà au IIIe siècle, Marcien admet la validité d'une déclaration par lettre ou par messager (15 Inst., D., XLII, 3, 9).

tion (1), le legs, la nomination de tuteur, l'affranchissement testamentaire (2). On peut remplacer les mots latins par des mots grecs dans la stipulation, l'acceptilation, le fidéicommis, le codicille, la constitution d'un *cognitor* (3); abréger les formules (4). Certains actes solennels comme l'adition, l'affranchissement, peuvent se faire sans solennité; d'autres disparaissent comme le *nexum*, le *vadimonium*. On abandonne la règle qui exige pour l'extinction d'une obligation, une solennité analogue à celle qui a servi à la former. On va même jusqu'à valider certains actes nuls *ab initio* (5) ou à permettre une confirmation subséquente (6).

IV

LES ÉCOLES. — LES GRANDS JURISCONSULTES.

1. Les Sabiniens et les Proculiens. — Les principes qui viennent d'être indiqués n'ont pas été tous admis sans résistance Dès le début de l'Empire, les jurisconsultes se partagent entre deux écoles rivales fondées, l'une par C. Ateius Capito (consul en 758, *curator aquarum* en 766, mort en 775) (7); l'autre par M. Antistius Labeo (sénateur dès l'an 736, préteur après 758) (8). Cette division a subsisté jusque vers le milieu du IIe siècle. Pendant ce long espace de temps, les jurisconsultes de chaque école sont restés groupés autour d'un chef reconnu comme le *scholæ princeps* (9). On appela les uns Sabiniens ou Cassiens, du nom

(1) Gaius, III, 92, 117, 127; Mod., 5 Resp., D., XXVIII, 5, 61.
(2) Gaius, II, 193, 201; I, 149; Ulp., II, 7.
(3) Gaius, III, 93; Ulp., 48 ad Sab., D., XLVI, 4, 8, 4; Gaius, II, 281; Ulp, 2 fid., D., XXXII, 11 pr.; Scæv, 16 et 18 Dig., D., XXXII, 101 pr., 37, 5. *Vat. fr.*, 319. Pour le testament, il faut une permission spéciale : rescrit d'Hadrien (*Bull. de corresp. hellén.*, 1890, p. 142).
(4) Pomp, 2 ad Q. Muc., D., XXXII, 85. Julien (ap. Ulp., 1 ad Sab., D., XXVIII, 5, 1, 7) admet pour une institution la formule : *Ille ex parte tota* en omettant *heres esto* Antonin le Pieux a validé les deux formules (*Ibid.*, 1, 5-6).
(5) Pap., 5 Resp., D., XXVIII, 3, 17. Dans certains cas, au lieu d'écarter la règle *quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*, on transforme l'acte nul en un autre acte valable : tel le legs *per vindic*, en vertu du Sc. Néronien; l'acceptilation inutile vaut comme pacte de remise (Paul, 3 ad Ed, D., II, 14, 27, 9); la substitution faite par codicille vaut comme fidéicommis (Scæv., 19 Dig., D., XXXVI, 1, 76)
(6) Confirmation du prince pour l'adoption irrégulière (Marcel., 26 Dig., D., I, 7, 38; Callistr, 2 Inst., eod. 29). Confirmation du consul pour la nomination irrégulière d'un tuteur testamentaire (Mod., D., XXVI, 3, 2, 1; Ner., *eod.*, 2. Pap., 6)
(7) *C. I. L.*, I, 750, 751; Tac., *Ann.*, III, 75; Frontin, *de aquis*, 102.
(8) Acron., in Hor. *Sat.*, I, 3, 82; Dio Cass., LIV, 15.
(9) Plin., *Ep.*, VII, 24, 8; Tac., *Ann.*, XII, 12.

d'un des successeurs de Capiton, Massurius Sabinus ou C. Cassius Longinus (1); les autres furent les Proculiens, du nom de Proculus, l'un des successeurs de Labéon (2). Ces groupements de jurisconsultes, la présence d'un chef nommé à vie et qui transmet son titre à son successeur, rappellent l'organisation des écoles des philosophes grecs (3) qui servit sans doute de modèle aux écoles des jurisconsultes romains.

D'après Pomponius, les Sabiniens et les Proculiens représentent deux tendances opposées : les premiers sont pour le maintien des traditions, les seconds se distinguent par leur esprit novateur (4). Les Sabiniens sont des conservateurs, les Proculiens des progressistes. L'assertion de Pomponius concorde avec ce que l'on sait 1° sur l'œuvre des fondateurs des deux écoles : celle de Capito n'a laissé aucune trace (5); Labéon a semé beaucoup d'idées. D'un savoir étendu, connaissant la grammaire, la dialectique, les antiquités (6), il est un de ceux qui ont le plus contribué à l'élaboration scientifique du droit. Sa préoccupation constante est de s'élever du particulier au général, et de fixer par des définitions ou par des classifications les notions ainsi obtenues (7); 2° sur les opinions politiques des fondateurs de ces écoles : Capito était partisan d'Auguste (8) qui se vantait d'avoir rétabli par ses lois les coutumes des ancêtres (9); Labéon lui fut hostile; il parvint à la préture, mais refusa le consulat (10); 3° sur les tendances de Cassius, l'un des chefs de l'école sabinienne : en 61, dans une séance du sénat, il proteste contre les innovations projetées et demande le maintien des *instituta et leges majorum* (11); 4° sur un certain nombre de controverses qui révèlent les tendances opposées des deux écoles.

(1) Pomp., D., I, 2, 2, 47.

(2) On trouvera dans l'extrait de l'*Enchiridion* de Pomponius, inséré au Digeste (I, 2, 2, 47-53), la liste des chefs des deux écoles.

(3) Cic., *De Or.*, I, 13, 56. Il y avait aussi des écoles de médecins (Plin., *H. n.*, XIV, 161; XXIX, 6).

(4) *Ibid. : Ateius Capito, in his quæ ei tradita fuerant, perseverabat, Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinæ, qui et ceteris operis (?) sapientiæ operam dederat, plurima innovare instituit.*

(5) Capiton est cité une seule fois au Digeste (ap. Proc., D., VIII, 2, 13, 1).

(6) Gell., XIII, 10, 1.

(7) Ap. Ulp., 11, 32 ad Ed., D., IV, 3, 1, 2; XIX, 1, 17. 7; Paul, D., XXII, 6, 9. 2; Gaius, I, 188; III, 183.

(8) Suet., *Gramm.*, 22; Dio Cass., LVII, 17.

(9) *Mon. Ancyr.*, *C. I. L.*, III, p. 790, c. 8, 12; *Legibus novi[s latis et reduxi mult]a exempla majorum exolescentia ex nost[ra civitate...]*

(10) Gell., XIII, 12; Dio Cass., LIV, 15. Ces divergences politiques n'ont pas persisté chez les successeurs de Capiton et de Labéon. Voir notre *Conseil des Empereurs*, p. 333, 3-5.

(11) Tac., *Ann.*, XIV, 43.

Telles sont les controverses sur la spécification, l'âge de la puberté; sur la validité de la nomination d'un tuteur avant l'institution de l'héritier, sur le point de savoir si l'on doit subordonner l'acquisition d'un legs *p. v.* à la volonté du légataire (1), sur l'omission d'un mot dans un acte solennel lorsque le sens n'est pas douteux (2).

Sur un point cependant, les Proculiens paraissent moins avancés que les Sabiniens, en matière de procédure : ils ont résisté à plusieurs innovations proposées par l'école adverse. Telle est la controverse sur la maxime : *Omnia judicia sunt absolutoria*, sur l'effet de la perte fortuite de la chose revendiquée, sur l'effet libératoire de la dation en payement (3). Cette contradiction apparente s'explique : les Proculiens ont voulu rester dans leur rôle, sans empiéter sur celui du législateur. Agrandir la sphère du droit, c'est la mission de la jurisprudence; élargir les pouvoirs du juge, le dispenser d'observer les règles traditionnelles, c'est l'affaire du législateur. Les Sabiniens n'ont pas eu de ces scrupules : en quoi ils sont entrés dans les vues du nouveau régime qui tend à faire du juge un simple fonctionnaire (4).

Ce n'est pas à dire que toutes les controverses se ramènent aux deux tendances signalées par Pomponius, qu'il n'y ait eu sur des questions particulières aucune divergence entre les partisans d'une même école Il y a eu aussi des esprits indépendants qui se sont tenus à l'écart (5), et à la longue il s'est fait des rapprochements sur divers points. Vers le milieu du IIe siècle, la distinction des écoles s'efface : Gaius est le dernier jurisconsulte qui se dise Sabinien. La réorganisation du conseil impérial sous Hadrien a dû contribuer à ce résultat : Hadrien appela dans ce conseil les chefs des écoles rivales, Julien et Celsus. Les déci-

(1) GAIUS, II, 79 ; I, 196 ; II, 231, 195. Cf. E. CHÉNON, *Etude sur les controverses entre les Proculéiens et les Sabiniens*, 1881.

(2) JAV., POMP., ap. ULP., 7 ad Sab., D., XXVIII, 5, 19 ; PEGAS., *eod.* Il serait facile d'allonger la liste. On trouvera les textes cités dans M. Voigt (*Röm. Rechtsgeschichte*, 1899, II, 228). C'est sans doute par inadvertance que Krueger (*Gesch.*, 148 (197) affirme qu'il n'y a « aucune trace de cette double tendance »

(3) GAIUS, IV, 114; III, 168. CASS., PROC., ap. PAUL, 20 ad Ed., D., V, 3, 40 pr.

(4) La question de savoir à quelle cause il faut attribuer la division des deux écoles, a été souvent agitée. Il nous paraît inutile de rapporter les solutions très divergentes qui ont été proposées. On les trouvera citées et discutées dans Baviera, (*Le due scuole dei giureconsulti romani*, 1898). L'opinion la moins aventureuse est celle qui s'appuie sur les témoignages explicites des auteurs anciens, quoiqu'elle laisse subsister bien des difficultés.

(5) Tel est Titius Aristo, l'ami de Trajan et de Pline le Jeune ; il annota les *Posteriores* de Labéon aussi bien que les traités de droit civil de Sabinus et de Cassius (ULP., D., XXVIII, 5, 17, 5 ; VII. 8, 6 ; VII, 1, 17, 1).

sions prises par l'empereur après délibération ne laissèrent plus de place aux dissidences et contribuèrent à assurer l'unité de doctrine (1).

II. Les grands jurisconsultes des IIe et IIIe siècles. — Les plus célèbres sont Julien, Celsus, Marcellus, Scævola, Papinien, Paul, Ulpien, Modestin. En sa qualité de Sabinien (2), Julien est resté, à certains égards, attaché aux idées anciennes; mais, sur bien des points, il a ouvert des voies nouvelles. Les théories de l'obligation naturelle, de l'hérédité jacente, de la propriété en suspens, de l'*in diem addictio* considérée comme une condition résolutoire, bien d'autres encore qui seront indiquées en leur lieu, attestent l'originalité de ses conceptions et la place prépondérante qu'il occupe dans la science du droit. Les doctrines de Julien, critiquées sur certains points et combattues par Neratius, Celsus (3) et Marcellus, ont été en grande partie accueillies par ses contemporains (4) aussi bien que par les jurisconsultes de l'époque ultérieure (5).

Le Proculien P. Juventius Celsus, auteur d'un Digeste composé sur le plan de l'Edit perpétuel, s'est fait remarquer par la hardiesse de ses idées, l'indépendance de son jugement, la vivacité de son esprit (6). Ulpius Marcellus, membre du conseil impérial sous Antonin le Pieux et sous Marc-Aurèle, doit sa réputation à son Digeste et à ses notes sur Julien, dont il a plus d'une fois rectifié et précisé les doctrines (7). Q. Cervidius Scævola, membre du conseil impérial sous Marc-Aurèle, acquit une

(1) Cf. Édouard Cuq, *Conseil des Empereurs*, 336, 2.

(2) Julien fut l'élève de L. Javolenus Priscus, jurisconsulte d'un rare mérite, quoi qu'en dise Pline le Jeune (*Ep.*, VI, 15).

(3) Ils ont du moins plus d'une fois traité les mêmes questions et les ont résolues en sens contraire. Pourtant Celsus ne cite jamais Julien pas plus que Julien ne cite Celsus. Cf. Kruegek, *Gesch.*, 169 (224). Ulpien (29 ad Ed., D., XIV, 6-7 pr.) rapporte une remarque de Julien sur Neratius.

(4) On sait déjà en quelle estime il était tenu par Hadrien qui lui confia le soin de rédiger l'édit perpétuel. Une inscription récemment découverte en Tunisie contient le *cursus honorum* d'un proconsul d'Afrique, L. Octavius Cornelius, P. f., Salvius Julianus Æmilianus qui paraît bien être le même que notre jurisconsulte ; on y trouve en effet cette mention : *Cui divos Hadrianus solarium quæsturæ duplicavit propter insignem doctrinam* (*Acad. d. Inscr.* Cpte R., 1899, p. 368).

(5) Gaius et Pomponius invoquent souvent son autorité; Mæcianus, le professeur de Marc-Aurèle, l'appelle *Julianus noster;* Africain s'efface constamment dans ses *quæstiones* pour laisser la parole à son maître, Julien. Scævola lui-même, qui fut un esprit d'un autre envergure que les précédents et qui fit école à son tour, s'est plus d'une fois rangé à son avis. Paul et Ulpien ont mis largement à contribution son Digeste.

(6) Le nom de *responsio Celsina* désigne une façon de répondre à une question irréfléchie (*Quæstio Domitiana*) avec autant de netteté que de franchise. Cf. 16 Dig., D., XXVIII, 5, 59, 1; 15 Dig., D., XXVIII, 1, 27.

(7) Voir notre *Conseil des Empereurs*, p. 342.

grande autorité par ses écrits et par ses réponses aux consultations qu'on lui demandait de toutes les parties de l'Empire ; il eut pour disciples Tryphoninus (1), Paul (2), peut-être Papinien (3). Celui-ci fut successivement assesseur des préfets du prétoire, secrétaire d'Etat *a libellis* sous Septime Sévère, préfet du prétoire en 205 ; il fut mis à mort à la suite du meurtre de Geta par Caracalla. C'est le plus célèbre des jurisconsultes classiques, autant par la perfection de sa méthode et la précision de son style que par l'élévation de sa pensée (4).

Paul et Ulpien qui, après avoir été assesseurs de Papinien dans la préfecture du prétoire, devinrent à leur tour préfets sous Alexandre Sévère (5), sont surtout des compilateurs et des vulgarisateurs dont les travaux ont été largement utilisés pour la rédaction du Digeste de Justinien. On ne saurait d'ailleurs contester à Paul ni l'indépendance de son jugement (6), ni la finesse de sa critique, ni l'étendue de sa science. De son côté, Ulpien ne s'est pas borné à exposer les théories de ses prédécesseurs ; il y a joint des remarques personnelles judicieuses, et en maintes circonstances il a contribué au progrès du droit.

La liste des grands jurisconsultes (7) se termine par le nom d'un élève d'Ulpien, Modestin (8). Il a été fort apprécié au Bas-Empire, parce que quelques-uns de ses travaux répondaient aux besoins et au goût de l'époque : plus de commentaires approfondis, mais des manuels pour les étudiants ou les praticiens (9).

Tous ces jurisconsultes sont restés fidèles à la méthode inaugurée à la fin de la République ; c'est dans leurs écrits qu'on

(1) Membre du conseil impérial sous Septime Sévère (PAUL, 3 Decr. D., XLIX, 14, 50), en même temps que Papinien et Messius. (Est-ce Messius Extricatus, cos. II, en 217 : *C. I. L.*, VI, 1984, ou Mæcius Lætus, qui fut en 205 le collègue de Papinien dans la préfecture du prétoire ? *C. I. L.*, VI, 228 ; cf. Borghesi, X, 88.)

(2) Tous deux l'appellent *Scævola noster*. Paul cite une *disputatio* de Scævola à laquelle il a assisté (1 ad Vitell., D., XXVIII, 2, 19).

(3) SPART., *Carac.*, 8. Cf. notre note sur Borghesi, X, 95.

(4) 16, 27 Quæst., D., XXVIII, 7, 15 ; XVIII, 7, 6, 1.

(5) Cf. Edouard CUQ, sur BORGHESI, X, 112 et 116 ; COSTA, *Papiniano*, t. Ier.

(6) 1 Decr. D., IV, 4, 38 pr. ; XIV, 5, 8 ; 3 Quæst., D., XII, 1, 40. Voir notre *Conseil des Empereurs*, p. 452.

(7) On trouvera les noms des jurisconsultes moins célèbres avec l'indication de leurs ouvrages dans l'*Index librorum ex quibus Digesta compilata sunt*, à la fin de l'édition du Digeste de Mommsen, p. 879-882. Voir aussi notre article JURISCONSULTI (*Dict. des Antiq.*, V, 719) ; KRUEGER, *Gesch.*, 188-304.

(8) Ap. ULP., 37 ad Ed., D., XLVII, 2, 52, 20. Il fut le professeur de droit de Maximien le Jeune (Capitolin, *Vita Max. j.*, 1, 5) ; il devint préfet des Vigiles entre 226 et 244 (*C. I. L.*, VI, 266).

(9) Sur l'état de la science du droit après Modestin, cf. HOFMANN, *Krit. Studien im r. R.*, 1885, p. 3-35.

peut le mieux apprécier son excellence et sa fécondité. Deux qualités les distinguent : la précision et l'élégance. La précision n'est pas seulement une question de style ou de forme : elle se manifeste surtout dans la conception du droit. Les règles de droit doivent être si bien coordonnées, qu'il n'y ait place à aucune incertitude, à aucune erreur. Le droit, dit Neratius, peut et doit être *finitum;* d'où la conséquence que l'erreur de droit ne peut être prise en considération, comme l'erreur de fait.

L'élégance n'est pas non plus une simple affaire de forme, bien que les jurisconsultes classiques parlent une langue plus pure que leurs contemporains. L'élégance consiste à trouver les moyens de tempérer la rigueur de la logique pour donner satisfaction à l'équité. C'est là une qualité qu'on a souvent méconnue dans les jugements qu'on a portés sur la jurisprudence romaine. Depuis que Leibnitz a comparé le droit romain à la géométrie et aux mathématiques pour la rigueur des déductions logiques, on a perdu de vue que les classiques ont su allier la force de raisonnement du géomètre avec le bon sens du praticien et la flexibilité d'esprit nécessaire à l'invention scientifique (1). Guizot, par exemple, a dit : « Ce qui domine dans le jurisconsulte, c'est l'habitude de pousser un principe jusqu'à ses dernières conséquences. La subtilité, la vigueur logique, l'art de suivre sans en jamais perdre le fil, un axiome fondamental dans son application à une multitude de cas différents, tel est le caractère essentiel de l'esprit légiste : les jurisconsultes romains en sont le plus éclatant exemple. » Ailleurs, il leur compare les théologiens du moyen âge qui, dit-il, « sont parvenus aux mêmes mérites, c'est-à-dire à la rigueur et à la subtilité logiques en tombant dans les mêmes défauts, c'est-à-dire dans l'absence de toute étude des faits en eux-mêmes et de tout sentiment de la réalité. » Appliqué aux jurisconsultes du temps des Antonins et des Sévères, ce jugement doit être réformé. La comparaison avec les théologiens du moyen âge est injustifiée : à aucune époque les jurisconsultes romains n'ont cessé de rester en contact avec la pratique. D'autre part, si le droit a commencé par être interprété avec une rigueur telle qu'on a pu qualifier la période antique « période du droit strict », il n'a pas tardé à perdre sa raideur et sa pointe. Les doctrines juridiques se sont transformées en même temps

(1) On a trop souvent pris à la lettre le mot de Leibnitz, et on en a conclu que « l'éducation juridique est purement dialectique ». Cette idée fausse a produit une conséquence que M. Gény a signalée (*op. cit.*, p. 48). On a établi une opposition entre les sciences juridiques pures et les sciences politiques ou économiques, réservant à celles-ci la flexibilité des conceptions, la souplesse des méthodes que l'on refusait aux premières.

que les doctrines morales. Le contraste entre la dureté romaine sous la République et sous les premiers empereurs et la douceur que Marc-Aurèle a mise au rang des vertus (1), se reproduit dans la sphère du droit. L'adoucissement des mœurs publiques a eu son contre-coup sur l'interprétation du droit : les mots *benignitas, humanitas,* expriment ce changement. Comme les philosophes, les jurisconsultes ont renoncé aux formules absolues : à la stricte application des principes (*stricta ratio*), ils opposent une raison supérieure (*summa ratio*) fondée sur l'utilité ou sur l'équité. C'est elle qui doit prévaloir en cas de conflit (2).

Pour concilier la loi avec l'équité, les classiques ont fait usage de définitions et de distinctions si ingénieuses et si vraies, que leurs successeurs n'ont pu s'empêcher d'en faire ressortir l'élégance. On trouve déjà chez Labéon (3) et même chez Servius (4), quelques exemples de distinctions analogues, mais elles se multiplient surtout à partir du II[e] siècle (5). Les jurisconsultes de cette époque ont largement pratiqué l'art de saisir les nuances qui séparent les espèces, afin de donner pleine satisfaction à l'équité. C'est là un art difficile, qui doit être exercé avec mesure et dont la portée n'a pas été toujours comprise. Que l'art soit difficile, il suffit, pour s'en convaincre, de voir à quels résultats aboutirent au moyen âge Bartole et ses disciples. Suivant la maxime : *qui bene distinguit bene docet*, ils ont poussé jusqu'à l'absurde la manie des distinctions et jeté la confusion dans les matières qu'ils avaient la prétention d'expliquer. Il ne faut pas s'étonner que, sous l'influence de ce souvenir, certaines personnes n'apprécient pas la délicatesse de touche des jurisconsultes classiques (6).

(1) Ce contraste a été mis en relief par J. Martha (*les Moralistes dans l'Empire romain*, p. 234).

(2) Pap., 8 Quæst., D., XI, 7, 43 : *Nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem insuper habemus : quæ nonnunquam in ambiguis religionum quæstionibus omitti solet ; nam summam esse rationem quæ pro religione facit.* Cf. Ulp., 5 Fid., D., XL, 5, 24, 10. On peut citer également : Cels., ap. Jul., 29 Dig., D., XXVIII, 1, 13 pr.; Jul., 18 Dig., D., XII, 1, 20; Tryph., D., XLIV, 15, 12, 5, mais Lenel considère ces textes comme interpolés.

(3) Ap. Proc., 5 Ep., XXXII, 86; ap. Jul., 3 Dig., D., III, 5, 6, 6; ap. Ulp., 10 ad Ed., eod., 3, 9.

(4) Ap. Afr., 8 Quæst., D., XIX, 2, 35 pr.

(5) Exemples : Nerva, ap. Ulp., 26 ad Ed., D., XII, 1, 11 pr.; Nerat, ap. Ulp., 24 ad Ed., D., X, 4, 3, 11 ; Cels., ap. Ulp., 13 ad Ed., D., IV, 8, 21, 11 ; 5 Dig., D., XII, 1, 32 ; ap. Ulp., 1 Inst., D., I, 1, 1 pr. ; Jul., ap. Ulp., 29 ad Sab., D., XXI, 2, 21, 1 ; 71 ad Ed., D., XLIII, 24, 7, 3; Pomp., ap. Ulp., 11 ad Ed., D., IV, 2, 9, 1 ; IV, 3, 7 pr. ; 43 ad Sab., D., XII, 6, 23 pr. ; XVII, 1, 19; 36 ad Sab., D., XXIV, 3, 14, 1, Marcel., ap. Ulp., 38 ad Ed., D., XIII, 1, 12 pr. ; Scæv., ap. Ulp., 40 ad Ed., D., XXXVII, 8, 1, 16; Callistr., 2 Quæst., D., XIV, 2, 4, 2; Ulp., 79 ad Ed., D., XXXVI, 3, 1, 13.

(6) Dans un livre d'ailleurs remarquable (Denis, *Histoire des théories et des idées morales dans l'antiquité*, t. II, p. 198), on lit : « Les Pandectes ne sont qu'un recueil

V

LA LITTÉRATURE JURIDIQUE.

Les jurisconsultes classiques ont exercé leur influence de trois manières : par leurs leçons, par l'exercice du *jus respondendi*, par leurs écrits. On ne s'occupera ici que de leurs écrits.

I. — On classe ordinairement ces écrits en deux catégories : les uns ont été composés pour l'enseignement, les autres pour la pratique.

1° Les premiers sont : *a.* des traités élémentaires présentant soit un exposé systématique de l'ensemble du droit (*institutiones*), soit une série de règles destinées sans doute à être apprises par cœur (*libri regularum*) ; *b.* des commentaires portant sur des lois, des sénatus-consultes ou sur l'édit des magistrats, et dans lesquels l'auteur joint à l'exégèse du texte des développements dogmatiques.

2° Les écrits principalement destinés à la pratique sont d'abord des recueils d'espèces, sous forme de *réponses* ou de *lettres*, ou des recueils contenant un choix de théories (*quæstiones*, *disputationes*, *opiniones*, *membranæ*, *variæ lectiones*, puis des traités généraux (*libri juris civilis* (1), *pandectæ* (2), *digesta*) (3), des monographies, de nombreux traités sur les *officia* des magistrats, sortes de manuels à l'usage des fonctionnaires publics (4).

incohérent de décisions contradictoires, où la justice et la vérité s'efforcent continuellement de tourner l'absurdité et l'injustice, sans oser les frapper en face. De là une multiplicité de distinctions et de restrictions à fatiguer la patience la plus intrépide, à désespérer l'érudition elle-même presque autant que le bon sens. » On voudrait croire que l'auteur n'a lu les Pandectes que dans une édition de la grande glose, et qu'il a pris l'œuvre des Bartolistes pour celle des classiques.

(1) Tels sont les traités de Q. Mucius Scævola, M. Terentius Varro, Aulus Ofilius, Vitellius, Sabinus, Cassius.

(2) H. Pernice (*Miscell.*, 72) distingue les *Pandectæ* et les *Digesta* : dans les *Pandectæ*, le caractère dominant serait celui de la synthèse; dans les *Digesta*, celui de l'analyse.

(3) A la fin de la République, les *Digesta* sont des compilations formées par la réunion des écrits d'un ou de plusieurs jurisconsultes : tels sont les *Digesta* d'Alfenus Varus et d'Aufidius Namusa. Au IIe siècle, ce sont des ouvrages contenant un exposé doctrinal et méthodique de l'ensemble du droit. Les auteurs de ces ouvrages, Celsus, Julien, Marcellus, Scævola ont souvent utilisé leurs travaux antérieurs pour en coordonner les doctrines : ainsi s'expliquent que plusieurs textes de Scævola se retrouvent dans son *Digeste* et dans ses autres ouvrages. Cette distinction n'est pas admise par Mommsen : d'après lui, tous les *Digesta* seraient des recueils où l'on trouverait classés, dans un ordre méthodique, les écrits d'un ou de plusieurs jurisconsultes. Ce serait l'édition complète de leurs œuvres. Cette opinion excessive n'est pas généralement admise. Cf. PERNICE, *Miscell.*, 64, 72, 81 ; KUNTZE, II, 347 ; KRUEGER, 175.

(4) Q. Ælius Tubero, *de officio judicis* (GELL., XIV, 2, 20); Capito, *de officio senatoris* (GELL., IV. 10, 7) ; Marcellus, *de off. consulis*, etc.

La classification qui précède est commode : elle n'a rien de rigoureux. Les *quæstiones*, par exemple, et les *disputationes* conviennent aussi bien à l'enseignement qu'à la pratique : on y trouve à la fois des espèces concrètes et des questions d'école. De même certains ouvrages portant le titre d'*institutiones* ou de *regulæ* ont une étendue telle, qu'ils devaient s'adresser à des praticiens plutôt qu'à des étudiants (1).

II. — Les écrits des jurisconsultes nous sont parvenus les uns isolément, les autres par diverses compilations du Bas-Empire.

1° La plupart ont été transmis d'une façon fragmentaire par le Digeste de Justinien (2). Les extraits, qui composent ce recueil, sont empruntés aux jurisconsultes gratifiés du *jus respondendi* (3). Exception a été faite pour trois auteurs de la fin de la République : Q. Mucius, Alfenus Varus, Ælius Gallus (4). En tout, on a mis à contribution près de deux mille livres contenant trois millions de lignes (5). Les textes de cette provenance ne reproduisent pas toujours l'original : ils ont subi parfois des corrections portant sur la forme ou sur le fond. On a supprimé certains termes qui se rapportaient à des institutions tombées en désuétude (*in jure cessio*, *cretio*, *fidepromissio*, *vadimonium*); on les a remplacés par des termes empruntés à des institutions analogues (*fiducia* par *pignus*, *mancipare* par *tradere*, etc). On a abrégé des textes, ce qui leur donne une portée générale qu'ils n'avaient pas dans la pensée de leur auteur. On y a fait des additions pour les mettre en rapport avec le droit en vigueur au VIe siècle. Ces interpolations (6) rendent parfois difficile l'interprétation de la pensée de l'auteur du texte, mais Justinien a rendu aux commentateurs modernes un service inappréciable en indiquant, en tête de chaque fragment, le nom du jurisconsulte

(1) FLORENTIN, lib. 12 *Inst.* ; MARCIEN, 16 *Instit.*; MODESTIN, lib. 10 *Regul.*

(2) Il y en a aussi un certain nombre dans les Institutes de Justinien, en dehors de ceux qui ont été empruntés aux Institutes de Gaius. — Les fragments des jurisconsultes antérieurs à Hadrien ont été publiés par BREMER, *Jurisprudentiæ Antehadrianæ quæ supersunt*, 2 vol., 1896-1901.

(3) CONST., *Deo auctore*, § 4. La liste de ces jurisconsultes et de leurs œuvres est donnée dans l'*Index auctorum* placé en tête du Digeste. CONST., Δέδωκεν, § 20.

(4) Cf. BLUHME, *Z. f. g. Rw.*, IV, 402.

(5) CONST., Δέδωκεν, § 1. D'après Krueger (440), le chiffre de 2,000 doit être réduit à 1,625 livres environ. Il fait observer que la division des ouvrages en livres dépend surtout des matériaux employés pour écrire : on se servait de rouleaux de papyrus. Chaque rouleau correspond à un livre, chaque livre contient en moyenne de 1,500 à 2,500 lignes d'environ 35 lettres. Cf. BIRT, *Das antike Buchwesen*, p. 13 ; KRUEGER, *Z. Sav. St.*, 1887, p. 76.

(6) Cf. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, 1887 ; *Bull. dell' Istit. di dir. Rom.*, 1889; *Z. Sav. St.*, VII, 45; EISELE, *eod.*, VII, 15 ; X, 296; XII, 1 ; XIII, 118; H. APPLETON, *Les interpolations dans les Pandectes*, 1895.

et le titre de l'ouvrage auquel il a été emprunté. Grâce à ces renseignements, on a pu reconstituer dans une certaine mesure l'œuvre des divers jurisconsultes (1) et suivre l'évolution de la jurisprudence aux trois premiers siècles de l'Empire.

2° Un certain nombre de textes classiques ont été insérés dans diverses compilations antérieures à Justinien : les *Sentences* de Paul, dans le Bréviaire d'Alaric (2); des fragments de Papinien, Paul et Ulpien, dans un recueil dont on a découvert les restes en 1821 dans un palimpseste de la bibliothèque du Vatican (3); des extraits de Gaius, Papinien, Paul, Ulpien et Modestin, dans la *collatio legum mosaïcarum et romanarum* (4).

3° Parmi les écrits qui nous sont parvenus isolément, et dont le nombre s'accroît peu à peu, les plus importants sont les Règles d'Ulpien et les quatre livres des Institutes de Gaius (5). Le premier recueil, publié en 1549, est un abrégé du *lib. sing. regularum* d'Ulpien ; on n'en possède qu'une partie. Le second a été conservé presque en entier. Il présente un intérêt exceptionnel pour l'intelligence du droit classique : c'est un exposé bref et méthodique du droit en vigueur au temps des Antonins (6). Découvert, en 1816 à Vérone, par Niebuhr, sur un palimpseste de la bibliothèque du chapitre, le texte a été déchiffré non sans difficulté, tant à cause de l'état du parchemin qu'en raison des abréviations employées par le scribe (7). Le travail des premiers éditeurs a été revisé par Studemund en 1866, 1878 et 1883 ; les résultats de cette revision ont été consignés dans l'édition publiée par cet auteur et par Krueger en 1884.

(1) Ce travail a été fait par Lenel dans sa *Palingenesia*, citée t. Ier, p. XXXII.

(2) La *Lex romana Wisigothorum*, rédigée en 506 sur l'ordre d'Alaric II, à l'usage de ses sujets gallo-romains, contient environ le sixième du texte original de Paul. D'autres extraits des *Sentences* de Paul se trouvent dans la *Consultatio veteris cujusdam jurisconsulti*, publiée par Cujas en 1577.

(3) Les *Vaticana fragmenta* contiennent aussi des constitutions impériales.

(4) Recueil rédigé entre 390 et 438 et contenant, en outre, quelques constitutions à côté de règles du droit mosaïque empruntées à une traduction latine de la Bible des Septante.

(5) On trouvera l'indication des autres dans notre article JURISCONSULTI (*Dict. des Antiq.*, V, 724). Tous ces textes ont été publiés par Krueger et par Girard dans leurs recueils, cités t. Ier, p. XXXII.

(6) Gaius fut contemporain d'Hadrien (D. XXXIV, 5, 7 pr.), d'Antonin le Pieux, dont il cite souvent les rescrits, de Marc-Aurèle; il vivait encore en 178, date du Sc. Orfitien, qu'il a commenté. On ne sait rien de plus sur sa biographie; on ignore même son nom, car Gaius n'est qu'un prénom. On a conjecturé qu'il était originaire de la province proconsulaire d'Asie Mineure. Cf. GLASSON, *Gaius*, 17.

(7) Le manuscrit est du ve siècle ; il servit au vie à une copie des *Epistulæ* et des *Polemica* de Saint-Jérôme. On a trouvé en 1898, au séminaire d'Autun, un palimpseste du début du vie siècle, dont quelques feuillets contiennent une interprétation *ad usum scholarum* des Institutes de Gaius. Ces feuillets ont été publiés par Krueger (*Collectio*, 4e éd., 1900); Ferrini et Scialoja (*Bull. di d. R.*, XIII, 1900).

CHAPITRE IV

Sphère d'application des lois romaines et des lois pérégrines.

I. — Sous la République, les lois rendues en matière de droit privé ne sont faites que pour les citoyens romains (I, 709, 2-3, 704) (1) et ne s'appliquent que dans la partie de l'Italie soumise à la domination romaine (2). En général Rome respecte l'indépendance des cités alliées, et laisse aux peuples vaincus leur autonomie ; elle confie au gouverneur de chaque province le soin de déterminer dans son édit les règles qu'il convient d'observer.

Par exception, quelques lois régissent les citoyens romains résidant en un lieu quelconque de l'Italie : loi Furia *de sponsu* (I, 703, 3), loi Fabia *de plagiariis* (I, 587, 2) (3). D'autres régissent les pérégrins dans leurs procès avec les Romains en matière de dettes d'argent : loi Sempronia (I, 680, 2), loi Clodia *de jurisdictione*. D'autres enfin s'imposent aux provinces (4).

Sous l'Empire, le point de vue change : on n'hésite plus à empiéter sur l'autonomie des cités provinciales, à édicter des règles applicables à tous les peuples soumis à l'autorité de Rome. Les lois comitiales, l'édit des préteurs, les sénatus-consultes n'ont, il est vrai, en principe, qu'une application restreinte aux citoyens romains (5) et à l'Italie (6), mais une clause spéciale ou une décision ultérieure peut étendre certaines de leurs dispositions aux pérégrins et aux provinces (7). De leurs côtés, les pré-

(1) Il en fut ainsi dès le temps des Douze Tables : les règles sur la tutelle, par exemple, forment *jus proprium civium Romanorum* (Gaius, I, 189).

(2) Dans toute l'Italie, après la guerre sociale et la concession du droit de cité à tous les Italiens. Il en est autrement des lois relatives au droit public : les unes ne sont applicables qu'à Rome et dans le rayon d'un mille, comme la loi Valeria *de provocatione* (I, 111 ; 124, 2), les autres s'appliquent en Italie et dans les provinces, comme la loi Porcia (Gell., X, 3, 1 ; Cic., 2ª *in Verr.*, V, 163). Voir notre article lex porcia (*Dict. des Antiq.*, V, 1160-1161).

(3) La loi somptuaire Fannia de 593 fut étendue à toute l'Italie en 611 par la loi Didia (Macrob., *Sat.*, II, 13).

(4) Loi Appuleia, t. Ier, p. 104, 5.

(5) Lois Julia *vicesimaria* (Dio Cass., LXXIII, 9 ; Plin., *Paneg.*, 37-39), *de marit. ordinibus* (Marc., 16 Inst., D., XXIII, 2, 19) ; Junia Norbana (Octav. in fr. Dosith., 12) ; Ælia Sentia (Gaius, I, 47). Le Sc. Claudien vise les femmes ingénues citoyennes romaines ou latines (Paul, II, 21 a, 1). Cf. Wlassak, *Processg.*, II, 173.

(6) Hygin. (123, 11) : *Ubicumque extra fines legesque Romanorum id est, ut sollicitus perferam, ubicumque extra Italiam agitatur.* Telles sont les lois Julia *de bonorum cessione* (Diocl., C., VII, 71, 4), *de fundo dotali* (Gaius, II, Fr. Sinaï, 5) ; *De maritandis ordinibus* (Ulp., XI, 20) ; *Vetti Libici?* (Diocl., C., VII, 9, 3, 1) ; l'édit d'Auguste sur l'aliénation des choses litigieuses (Fr. *de jure fisci*, 8).

(7) Extension aux provinces de la tutelle dative (lois Julia et Titia, Gaius, I, 185),

teurs appliquèrent diverses lois romaines aux pérégrins (1), les gouverneurs des provinces insérèrent dans leurs édits bon nombre de règles consacrées par les préteurs.

Grâce à ces extensions et à ces emprunts, il existe un certain nombre de règles qui forment le droit commun de l'Empire : telles sont les règles sur la nullité de l'affranchissement en fraude des créanciers, sur la capacité des cités de recevoir des legs, sur la défense de tuer les esclaves (2).

II. — Pour l'application des lois pérégrines, il convient de distinguer les cités libres et les villes provinciales.

Les cités libres ne sont pas soumises à l'autorité du gouverneur de la province dans laquelle elles sont situées : elles conservent leur autonomie et leur droit de juridiction (3); elles sont régies par le droit local (4). Cette situation privilégiée a été progressivement modifiée soit par l'extension du *jus gentium* et par l'établissement de règles applicables à tout l'Empire, soit par les rescrits des empereurs (5).

Les villes provinciales sont régies par l'édit du gouverneur. Cet édit, qui dans le principe et conformément à la *lex provinciæ* (6), assurait le plus souvent aux provinciaux le maintien de leur droit national (7), fit peu à peu une place de plus en plus

de la *causæ probatio* (loi Ælia Sentia, Gaius, I, 29), de la tutelle *ad dotem dandam* (Sc. ap. Ulp., XI, 20), de la loi *Vetti Libici* (Sc. ap. Diocl., *l. c.*), de la loi Julia sur la cession de biens (ap. Diocl., *l. c.*). Sc. étendant aux pérégrins la règle sur l'affranchissement en fraude des créanciers (Gaius, I, 47).

(1) Gaius, IV, 37 : *Si modo justum sit eam actionem etiam ad peregrinos extendi.* Telles sont la loi des Douze Tables sur le vol non manifeste et la loi Aquilia.

(2) Ulp., XXIV, 28; Gaius, I, 53. Cf. Marc., 12 Inst., D., L, 7, 4, 6.

(3) Plin., *Ep.*, X, 93. Cf. Marquardt, trad. VIII, 100. Les gouverneurs exercent toutefois une surveillance administrative : cf. l'édit d'Antonin le Pieux aux irénarques, alors qu'il était proconsul d'Asie (Marc., 2 de jud. pub., D., XLVIII, 3, 6, 1). Au temps de Pline (*Ep.*, VIII, 24, 4), les cités libres de la Grèce n'avaient plus que *reliquam umbram et residuum libertatis nomen.*

(4) A Marseille, la dot ne peut dépasser le maximum fixé par la loi (Strab., IV, 1, 5); l'affranchissement peut être révoqué trois fois si l'esclave est convaincu d'avoir trois fois trahi son maître (Val. Max., II, 6, 7); la cité peut être instituée héritière (Tac., *Ann.*, IV, 43). A Antioche, la cité a un privilège sur les biens de ses débiteurs défunts (Pap., 10 Resp., D., XLII, 5, 37). Cf. pour Athènes, Hermann-Thalheim, *Griech. Alterth.*, 8, 1.

(5) Auguste supprima en Egypte l'exécution sur la personne (Varr., *R. r.*, I, 17, 2), sauf pour les débiteurs du fisc (*C. I. Gr.*, III, 4957). Marc-Aurèle prohiba l'affranchissement *ex acclamatione populi* usité en Grèce (Paul, D., XL, 9, 17 pr.).

(6) Voir notre article lex data (*Dict. des Antiq.*, V, 1119, 17-26).

(7) Voir la *lex Bithynorum* sur la tutelle des femmes (Gaius, I, 193), la coutume des Galates sur la puissance paternelle (Gaius, I, 55), la valeur donnée par les Grecs aux *syngraphæ* (Gaius, III, 134; Cic., *ad Att.*, VI, 2, 7); la *protopraxia* des cités du Pont et de Bithynie (Plin., *Ep.*, X, 109). La *lex peregrina* est appliquée pour le mariage, la filiation (Gaius, I, 192), l'affranchissement (Fr. *de manumiss.*, 12), le testament (Gaius, D., XXIX, 3, 7); le serment; la constitution de servitudes; la transmissibilité de l'obligation du *fidepromissor* (Gaius, III, 96, 120, II, 31).

large au droit romain. Au IIe siècle, il est formé de règles empruntées pour partie au droit local ou au *jus gentium* (1); il comprend aussi les dispositions spéciales introduites par les gouverneurs (2) : quelques-unes d'entre elles concernent les citoyens romains résidant dans la province et modifient parfois le droit romain en leur faveur (3). Mais dans son ensemble, il s'inspire surtout des idées romaines, ainsi qu'on peut s'en convaincre en lisant le commentaire de Gaius sur l'édit provincial (4).

III. — L'Égypte est dans une situation à part : jusqu'à Dioclétien, elle n'a pas reçu d'organisation provinciale. Auguste et ses successeurs y ont maintenu le gouvernement monarchique (p. 9, 3) et l'ont exercé par l'intermédiaire d'un vice-roi, le préfet d'Égypte. Le droit romain n'y a été appliqué qu'aux citoyens romains (5). Les indigènes ont conservé en principe leur droit national, égyptien ou grec, suivant leur origine (6) ; mais, comme dans les provinces, ils ont dû se soumettre aux dispositions générales ou spéciales établies par les empereurs (7).

En somme, à la fin de la République et au Ier siècle de l'Empire, il régnait une grande diversité dans le droit appliqué aux peuples placés sous la domination romaine. C'était une entrave pour le commerce et pour les rapports sociaux en général. L'extension dn *jus gentium* et du droit général de l'Empire, la codification des édits sous Hadrien ne la firent disparaître qu'en partie.

(1) Action de la loi Appuleia (I, 705, 5), Aquilia, Furia *testamentaria* (GAIUS, IV, 109). Tuteur *ad dotem dandam*. Affranchissement d'un esclave par un mineur de vingt ans (GAIUS, I, 20), par une cité (Sc. Juventien, C., VII, 9, 3, 1). *Causæ probatio* (GAIUS, I, 29; III, 3). *Petitio tutoris* (GAIUS, I, 183). Affranchissement fidéicommissaire (MARC., D., XL, 5, 51, 7). Application de la procédure formulaire : actions de bonne foi, *ex testamento* appréciées *ex more regionis* (PAP., D., XXII, 2, 1 pr; ULP., *eod.*, 27; D., XXX, 39, 1) ; de la procédure extraordinaire en cas de fidéicommis (GAIUS, II, 278). Cf. MITTEIS, *Reichsrecht*, 132.

(2) Voir les édits de Q. Mucius pour l'Asie, de Cicéron pour la Cilicie (CIC., *ad Att.*, VI, 1, 15; la *lex Pompeia* pour le Pont (ULP., 2 ad Ed., D., L, 1, 1, 1). Rescrit de Trajan sur les enfants exposés dans la province de Bithynie (PLIN., *Ep.*, X, 72). Privilège, accordé par Auguste aux Nicéens, de réclamer les biens de leurs concitoyens morts intestat (PLIN., *Ep.*, X, 88).

(3) Telle est la règle qui permet d'adroger par-devant le magistrat (GAIUS, I, 100).

(4) Voir les fragments de GAIUS, *ad edictum provinciale* (LENEL, I, 189-237). Cf. GILSON, *Le droit sous la domination romaine*, 1900.

(5) Voir le testament de C. Longinus Castor (*Nouv. Rev. hist.*, 1894, XVIII, 573). Cf. les textes cités par DENISSE, *le Droit Romain dans les provinces d'Égypte* (*Ibid.*, XVI, 676, 682, 685; DARESTE, *ibid.*, XVIII, 686).

(6) *Epist. Hadriani* in *Vita Saturn.*, 8. Cf. MITTEIS, *Reichsrecht*, 233, 447 ; Papyrus de Berlin, n° 232 (mariage entre frère et sœur); n° 19 (droit de représentation dans les successions *ab* intestat appliqué aux Grecs, puis étendu par Hadrien aux indigènes égyptiens).

(7) Exemple : le *jus liberorum*. Voir notre article LIBERORUM JUS (*Dict. des Antiq.*, V, 1194, 10) et un papyrus gréco-égyptien publié par Jouguet et Collinet (*Archiv f. Papyrusforschung*, 1900, p. 293).

Plus efficace fut l'édit de Caracalla : en accordant le droit de cité à tous les hommes libres qui ne l'avaient pas encore, il les soumit au droit romain à l'exclusion du droit pérégrin (1). L'autonomie des cités libres perdit sa raison d'être. Le droit romain fut en principe seul applicable; mais en pratique il fut impossible de l'appliquer à certaines populations établies aux confins de l'Empire et dont les mœurs étaient essentiellement différentes de celles des Romains : de ce côté, on se heurta à une résistance invincible. Partout ailleurs il était tout au moins bien difficile de substituer brusquement le droit romain aux lois et coutumes jusqu'alors en vigueur. Il ne semble même pas que Caracalla en ait eu la pensée ; on ne trouve pas la trace des mesures qu'il aurait dû prendre pour trancher les difficultés soulevées par le passage de la législation ancienne à la nouvelle.

Ces difficultés furent résolues peu à peu et avec beaucoup de ménagements : la jurisprudence continua à tenir compte des lois pérégrines à titre d'usages régionaux ou locaux (2), lorsque leurs dispositions pouvaient se concilier avec les principes du droit romain (3). Les empereurs eux-mêmes confirmèrent certaines dispositions des lois et coutumes pérégrines : ce furent autant de privilèges accordés à des cités (4) ou à des provinces (5).

L'observation du droit provincial fut d'ailleurs renfermée dans d'étroites limites, lorsqu'on était obligé de recourir aux tribunaux. Si la juridiction inférieure fut confiée aux magistrats municipaux, le gouverneur de la province ou les commissaires impériaux eurent la haute main sur l'administration de la justice. Grâce à la théorie de l'appel, aucun jugement sanctionnant une

(1) Cf. le rescrit d'Hadrien (*Nouv. Rev. hist.*, XVI, 622) qui accorde à un grec devenu romain par adoption la faveur *Græce testari*.

(2) Exemples : Taux des intérêts (PAP., 2 Quæst., D., XXII, 1, 1 pr. ; ULP., 21 ad Sab., D., XXX, 39, 1). Remise du loyer aux fermiers (DIOCL., C., IV, 65, 19). Stipulation de garantie contre l'éviction (GAIUS, 10 ad Ed. prov., D., XXI, 2, 6). *Inspectio* requise pour la *B. P. ventris nomine* (ULP., 24 ad Ed., D., XXV, 4, 1, 15). Interprétation de la volonté des contractants (ULP., 45 ad Sab., D., L, 17, 34).

(3) Sont interdits l'ἀποκήρυξις des Grecs (DIOCL., C., VIII, 46, 6), l'arrêt du cadavre d'un débiteur (C., IX, 19, 6), la bigamie (VAL., GALL., C., IX, 9, 18), le mariage entre personnes parentes au degré prohibé par la loi romaine (*Collat.*, VI, 4).

(4) Delphes, Ilium (ULP., 2 ad Ed., D., L, 1, 1, 2); Antioche (PAP., 2 *Resp.*, D., XLII, 5, 37) ; usages locaux sur les maisons démolies (ALEX., C., VIII, 10, 3; DIOCL., XI, 30, 4) ; coutumes relatives à l'enregistrement et à la forme des testaments (VAL., GALL., C., VI, 32, 2 ; DIOCL., C., VI, 23, 9) ; loi municipale conférant aux duumvirs le pouvoir de présider à l'émancipation des enfants des *alienigenæ* (DIOCL., C., VIII, 48, 1).

(5) Province du Pont (ULP., 2 ad Ed., D., L, 1, 1, 2) ; Aquitaine (GORD., C., X, 39, 2) ; Bétique (ULP., *in Collat.*, XI, 7, 1) ; Égypte (CONST., JULIAN., C. Th., XI, 21, 1); Afrique, Mésie (SATURN., D., XLVIII, 19, 16, 1). C'est une question de savoir si l'Egypte conserva une situation à part après l'édit de Caracalla : le dépouillement des papyrus donnera sans doute bientôt la solution de ce problème.

règle du droit local ne pouvait être maintenu sans leur aveu.

L'effort principal des empereurs consista à propager la connaissance du droit romain. Leurs rescrits montrent avec quelle patience ils ont inculqué aux habitants des provinces les principes de ce droit. Ils ne négligent aucune occasion de faire apparaître la supériorité des lois romaines, tout en cherchant à les approprier aux besoins de l'état social. Ce qui contribua au succès de leur entreprise, ce furent d'abord les travaux des jurisconsultes qui prenaient soin de comparer le droit pérégrin au droit romain. Ce fut aussi l'usage où étaient les provinciaux de s'adresser aux jurisconsultes de Rome ou aux empereurs pour s'éclairer sur les moindres doutes. Dans les réponses des uns comme dans les rescrits des autres, ce sont toujours les règles de la législation romaine dont on propose l'application aux habitants des provinces (1). Cette diffusion du droit romain, commencée avant Caracalla, s'est continuée après lui : Alexandre Sévère et Dioclétien y ont particulièrement contribué, l'un avec le concours des grands jurisconsultes qu'il avait réunis autour de lui, l'autre grâce à ces fonctionnaires rompus aux traditions de la jurisprudence impériale et qui, sous le titre de *consiliarii*, *adsumpti in consilium*, *a libellis*, *a studiis*, donnaient leur avis sur les requêtes qui affluaient à Rome de toutes les parties de l'Empire.

(1) Voir les preuves dans notre *Conseil des Empereurs*, p. 348, 363, 371, 439.

LIVRE II

LES PERSONNES.

Le mot *persona* désigne, en droit classique, tout être capable d'être le sujet actif ou passif d'un droit (1). En général, cet être est un homme, une personne *naturelle;* parfois, il n'a qu'une existence intellectuelle : c'est une création du droit, une personne *juridique,* comme une corporation, une cité, le fisc.

Dans l'ancien droit, deux conditions étaient requises pour avoir la capacité juridique : être citoyen romain et *sui juris* (I, 100). Les étrangers étaient exceptionnellement admis, par des traités internationaux, à invoquer, en certains cas, la loi romaine (I, 105, 397, 708). Le droit classique a conçu d'une manière plus large la capacité juridique : il l'a accordée, à des degrés divers, à toutes les personnes libres *sui juris;* il l'a étendue, dans une certaine mesure, aux fils de famille et jusqu'aux esclaves; il l'a enfin attribuée aux personnes juridiques.

L'état des personnes présente donc des éléments complexes. Gaius les réduit à trois : liberté, cité, famille (2). La capacité juridique dépendrait uniquement de la situation de la personne au point de vue de la liberté, de la cité, de la famille. Cette division met bien en relief la première des innovations du droit classique : l'extension de la capacité juridique aux hommes libres (3); mais elle laisse de côté toutes les autres. Elle ne fait aucune place aux personnes juridiques (4), aux fils de famille, aux esclaves, sans doute parce qu'elle remonte à une époque où ces innovations n'étaient pas admises. Nous sommes donc obligé d'élargir

(1) Cette acception se trouve au IIe siècle dans Pedius (ap. Ulp., 5 ad Ed., D., II, 7, 3 pr.). Le mot *persona* a une autre acception : il désigne le rôle que joue une personne dans la procédure (*persona actoris :* Ulp., 9 ad Ed., D., 25), dans un acte juridique (*personam sustinere :* Jul., 52 Dig., D., XLV, 3, 1, 4; ap. Ulp., 23 ad Sab., D., XXXIV, 3, 7, 5).

(2) Gaius, I, 159-162; Paul, 2 ad Sab., D., IV, 5, 11 : *Tria enim sunt quæ habemus : libertatem, civitatem, familiam.*

(3) Les deux premiers termes de la division de Gaius sont indiqués par Cicéron, *in Verr.*, IV, 35, 77; *De Or.*, I, 38, 173.

(4) Gaius (I, 162) ne parle que du *status hominis.*

le cadre tracé par Gaius si nous voulons présenter un tableau fidèle du droit classique quant à la capacité des personnes. Nous nous occuperons successivement :

1° Des personnes libres et indépendantes;
2° Des personnes placées sous la dépendance d'autrui;
3° Des personnes en tutelle ou en curatelle;
4° Des personnes juridiques.

CHAPITRE PREMIER

Des personnes libres et indépendantes.

Les personnes libres et indépendantes se divisent en deux classes. Les unes jouissent de la capacité juridique dans sa plénitude : ce sont les citoyens romains; les autres n'ont qu'une capacité plus ou moins restreinte : ce sont les latins fictifs et les pérégrins.

I

DES PERSONNES QUI JOUISSENT DE LA CAPACITÉ JURIDIQUE.

I. Acquisition de la capacité juridique. — Cinq conditions sont requises pour jouir de la capacité juridique : 1° la personnalité; 2° la liberté; 3° la cité romaine; 4° l'ingénuité; 5° être *sui juris*.

§ 1er. *Personnalité*. — En principe, la personne commence à la naissance et finit à la mort naturelle ou civile (I, 202). Mais le seul fait de la naissance ne suffit pas pour que l'enfant soit une personne; il faut, de plus : 1° que l'enfant naisse vivant et viable, c'est-à-dire qu'il donne signe de vie (1), et que sa conception remonte à plus de six mois (2) ; 2° qu'il ait forme humaine (3), sans quoi on présumerait qu'il n'est pas doué des facultés intellectuelles propres à l'homme.

La règle qui précède a été écartée, pour une raison d'équité, dans trois cas : 1° en faveur de l'enfant déjà conçu. L'exception,

(1) C'est la doctrine Sabinienne. Les Proculiens exigeaient que l'enfant eût crié (C., VI, 29, 3).

(2) Paul, 19 Resp., D., I, 5, 12. Il n'est pas nécessaire, comme en droit français, que l'enfant soit constitué pour vivre un certain temps (*C. civ.*, 725, 906).

(3) Mais l'enfant mal conformé est une personne (Paul, IV, 9, 3-4. Cf. Lab., Cass., Jav., ap. Ulp., 3 ad Sab., D., XXVIII, 2, 6 pr.; 6, 2). Le droit classique est ici plus large que l'ancien droit (I, 158, 5).

admise par l'ancien droit pour le posthume (I, 162, 6), a été généralisée (1) : l'enfant conçu est considéré comme déjà né; 2° dans l'intérêt des créanciers d'un *capite minutus* (I, 203, 4; 204, 1); 3° en cas d'hérédité jacente : le défunt est réputé survivre jusqu'à l'adition d'hérédité.

La fixation de l'âge et de l'état des personnes est importante à divers points de vue (2). Pour les constater, Marc-Aurèle prescrit à tout citoyen de déclarer, dans les trente jours de la naissance, le nom et la date de naissance de ses enfants. La déclaration est reçue à Rome par le préfet du Trésor, dans les provinces par un *tabularius publicus*. Copie en est délivrée au déclarant (3).

§ 2. *Liberté.* — Il ne s'agit ici ni de la liberté civile (I, 39), ni de la liberté physique. L'homme libre est celui qui n'est pas la propriété d'autrui : en cela, il se distingue de l'esclave.

1° *Acquisition de la liberté.* — L'état d'homme libre s'acquiert, soit lors de la naissance, soit à une époque ultérieure. *a*) Lorsque les père et mère sont libres, l'enfant né de leur légitime mariage est libre dès l'instant de sa naissance. Si l'un des deux est libre et l'autre esclave, l'enfant suit la condition de la mère (4). Par faveur pour la liberté, on a admis au IIIe siècle que si la mère a été libre à un moment quelconque de la grossesse, l'enfant naît libre (5). *b*) Postérieurement à la naissance, la liberté est acquise à l'esclave soit par voie d'affranchissement, soit par faveur dans divers cas prévus par la loi (6), soit par la *præscriptio longi temporis* lorsqu'un esclave a eu de bonne foi la possession d'état d'homme libre pendant dix ou vingt ans (7).

(1) Cels., 28 Dig., D., XXXVIII, 16, 7; Jul., 69 Dig., D., I, 5, 26 : *Qui in utero sunt in toto pœne jure civili intelleguntur in rerum natura esse.* Julien applique cette règle même à des cas où la question de personnalité n'est plus en jeu : vol d'une *ancilla prægnans*, maintien des droits du patronat. En matière de succession, la maxime ne peut être invoquée que dans l'intérêt de l'enfant (Paul, D, I, 6, 7; L, 16, 231).

(2) Pardessus, *Mém. Acad. des Inscr.*, 1838, XIII, 266.

(3) Capitol., 9; Apul., *De mag.*, 89. Auparavant, on avait recours à la preuve par témoins : la naissance des enfants donnait lieu à des cérémonies qui en fixaient le souvenir (I, 162, 2-3). La preuve par témoins ou par titre (*professio censualis* : Ulp., 2 de cens., D., L, 15. 3 pr.) fut également admise après Marc-Aurèle à défaut de déclaration régulière, mais le magistrat appréciait la valeur des témoignages qui n'étaient pas toujours concordants ni sincères (Prob., C., V, 4, 9; Valer., Gall., C., VI, 23, 5; Diocl., C., IV, 19, 14).

(4) Gaius, I, 82.

(5) Paul, II, 24, 2; Marc., 1, Instit., D., I, 5, 5, 2.

(6) Exemples : Sc. Claudien (?) en faveur de l'esclave qui a dénoncé le meurtre de son maître (Diocl., C., VII, 13, 1 ; cf. Ulp., 50 ad Ed., D, XXIX, 5, 3, 13-15 et la rubrique du titre). Rescr. Gordiani, C., IV, 57, 4, en faveur de l'esclave que son maître néglige d'affranchir après avoir reçu d'un tiers le prix de la liberté.

(7) Aristo., ap. Paul, D., XL, 9, 16, 3; Diocl., C., VII, 22, 2.

2° *Perte de la liberté.* — La liberté est inaliénable (1). Elle se perd seulement à titre de peine dans une série de cas déterminés par la loi (2). La plupart de ceux qui avaient été consacrés par l'ancien droit sont tombés en désuétude (3) ; mais on en a établi de nouveaux.

Hadrien refuse le droit de revendiquer la liberté à l'homme libre majeur de vingt ans qui s'est laissé vendre frauduleusement à un acheteur de bonne foi pour partager le prix avec le vendeur (4). Un édit du Préteur avait prévu une fraude analogue et l'avait réprimée par une action au double (5); mais cette peine était illusoire en cas d'insolvabilité de l'auteur du dol. Depuis Hadrien, on n'a plus à craindre que le dol reste impuni; l'action prétorienne n'a plus qu'un caractère subsidiaire.

§ 3. *Cité.* — 1° *Acquisition de la cité romaine.* — Le droit de cité romaine s'acquiert, comme la liberté, soit par la naissance, soit par un fait postérieur. Dans le premier cas, l'enfant suit la condition du père ou de la mère, suivant qu'il y a ou non *conubium* entre eux. Cette condition s'apprécie pour le père lors de la conception; pour la mère lors de la naissance de l'enfant. Par exception, une loi Minicia, qui paraît antérieure à la guerre sociale (6), refuse le droit de cité à l'enfant né d'une romaine et d'un pérégrin; elle décide qu'à défaut du *conubium* entre les père et mère, l'enfant suit la condition pire (7). Dans le second cas, l'acquisition du droit de cité résulte de l'affranchissement pour un esclave et, pour les pérégrins, d'une concession émanant du peuple, d'un magistrat dûment autorisé ou de l'empereur (p. 25).

(1) Callist., 2 Quæst., D., XL, 12, 37; Diocl., C., VII, 16, 10.

(2) Exemples : loi Ælia Sentia (Gaius, I, 27); Sc. Claudien de l'an 52 (Tac., *Ann.*, XII, 53; Paul, II, 21ª, 17), étendu en 398 à l'Illyrie (*C. Th.*, IV, 11, 8); Sc. du temps de Domitien (Gaius, D., XL, 16, 1; Diocl., C., VII, 20, 2; Rescr. Ant. Pii, ap. Ulp., XXIX, 2, 25, 3; Marc., D., XXXIV, 8, 3 pr.; Rescr. Commodi, ap. Mod., D., XXV, 3, 6, 1; Paul, D., IV, 2, 21 pr.; Diocl., C., VI, 3, 12).

(3) La vente du fils par son père a disparu avec les tribunaux domestiques; celle du citoyen qui refuse le service militaire, avec le changement introduit dans le mode de recrutement de l'armée (Arr. Men., 1 de re milit., D., XLIX, 16, 4, 10). La vente de l'*incensus* a cessé d'être pratiquée d'assez bonne heure (I, 542, 2).

(4) Venul., 1 De off. proc., D., XL, 14, 2 pr.; Pomp., 11 Ep., D., XL, 13, 5. Cette règle existait-elle sous la République ? On l'a prétendu. Q. Mucius (ap. Paul, 51 ad Ed., D., XL, 12, 23 pr.), supposant qu'on a vendu et cédé *in jure* l'usufruit d'un homme libre, dit que cet homme deviendra esclave et qu'il aura pour maître le vendeur si celui-ci a été de bonne foi, sinon il sera sans maître. Mais l'hypothèse n'est pas identique à celle qui est prévue par Hadrien. Cf. Voigt, *Rg.*, II, 74.

(5) Ulp., 55 ad Ed., D., XL, 12, 14 pr. 1; 18 pr. Cf. Karlowa, *Rg.*, 1901, II, 1117.

(6) Arg. Gaius, I, 79. Voir notre article lex (*Dict. des Antiq.*, V, 1156, 6).

(7) Gaius, I, 89, 91, 77. Cette loi fit disparaître un résultat choquant : l'enfant né d'une romaine et d'un pérégrin était mieux traité que l'enfant né d'un romain et d'une pérégrine. Cf. un Sc. rendu sous Hadrien, p. 93, 3.

La politique suivie par les empereurs varia avec les époques. Tandis qu'Auguste était peu favorable à la diffusion du droit de cité, Claude, Marc-Aurèle rêvaient de le concéder à tous les étrangers (1). En attendant, les concessions individuelles se multiplièrent, des cités entières furent élevées au rang des colonies de citoyens (2). Enfin, en 212, Caracalla accorda le droit de cité à tous les hommes libres de l'Empire (3).

2° *Perte de la cité.* — Le droit de cité se perd à titre de peine, sous la République, par l'interdiction *aqua et igni;* sous l'Empire, par la déportation dans une île et par les travaux forcés à perpétuité (4).

Pour prévenir l'usurpation du droit de cité, les contestations relatives à la qualité de citoyen ont été soumises à un tribunal spécial (*quæstio*) par la loi Licinia Mucia de 659, et par la loi Papia *de peregrinis* de 689 (5). Il n'y a pas trace sous la République d'une peine prononcée contre les usurpateurs, mais sous l'Empire, Claude les punit de mort (6).

§ 4. *Ingénuité.* — Les citoyens romains *sui juris* se divisent en deux classes : les ingénus et les affranchis. Les ingénus seuls jouissent de la capacité juridique dans sa plénitude; ils ont le droit de vote (*jus suffragii*) et d'éligibilité (*jus honorum*), le droit de servir dans les légions; ils ont aussi le *conubium*, le *commercium*, la *testamenti factio*, la *legis actio*. Les affranchis sont dans une situation inférieure, qui varie suivant la classe à laquelle ils appartiennent (p. 148).

Sont ingénus ceux qui sont libres depuis leur naissance, affranchis ceux qui sont devenus libres à une époque postérieure. Cette distinction est étrangère aux premiers siècles de Rome, alors que les patriciens étaient seuls membres de la cité (I, 32) (7). La notion de l'ingénuité ne paraît avoir eu d'intérêt pratique qu'à l'époque où les plébéiens eurent accès aux magistratures. On estima que, pour être éligible, il ne suffisait pas d'être libre et citoyen; il fallait en outre être indépendant; or, l'affranchi et ses descendants étaient sous la dépendance du patron. Ainsi se fit une sélection parmi les plébéiens, et en même temps une distinc-

(1) Suet., *Aug.*, 40; Sen., *Apok.*, 3; Anton., *Comm.*, I, 14.
(2) Ulp., de cens. D., L, 15, 1, § 2, 4, 9; Paul, *eod.*, 8, 5-7.
(3) Dio Cass., LXXVII, 9; Ulp., 22 ad Ed., D., I, 5, 17. Cf. pour l'Égypte, Wilcken, *Hermes*, XXVII, 1892, p. 294.
(4) Gaius, I, 161; Ulp., 48 ad Ed., D., XLVIII, 19, 2, 1; Marc., 1 Inst., *eod.*, 17, 1. Cf. Mommsen, *Strafrecht*, 257.
(5) Cic., p. *Balbo*, 21; *De off.*, III, 11, 47; Dio Cass., XXXVII, 9. Cf. notre article lex (*Dict. des Antiq.*, V, 1153 et 1157).
(6) Suet., *Claud.*, 25.
(7) Voir notre article ingenuus (*Dict. des Antiq.*, V, 717, 1-6).

tion entre les personnes libres suivant qu'elles étaient ou non sous la dépendance d'autrui.

1° *Acquisition de la qualité d'ingénu.* — La qualité d'ingénu s'acquiert de deux manières : par la naissance ou par le bienfait du prince. Sont ingénus, disent Gaius et Marcien, ceux qui sont nés libres : les fils d'affranchis sont donc ingénus. Cette notion de l'ingénuité est nouvelle : anciennement la condition d'affranchi était héréditaire jusqu'à la première et même jusqu'à la seconde génération (I, 492); mais, depuis la loi Terentia et sauf quelques exceptions, l'usage se répand de traiter comme ingénus les fils d'affranchis. Horace, fils d'affranchi, se dit ingénu (1).

La qualité d'ingénu est acquise par le bienfait du prince, soit indirectement par la concession du droit de porter l'anneau d'or (*jus aureorum anulorum*) (2), soit directement par le redressement du vice de la naissance (*natalium restitutio*). Mais le droit à l'anneau d'or laisse subsister les droits du patron (3) et ne procure que l'apparence de l'ingénuité (*imago ingenuitatis*) (4). Pour avoir l'état d'ingénu avec ses prérogatives (*status ingenuitatis*), il faut obtenir une décision spéciale du prince qui, d'ordinaire, exige l'assentiment du patron (5).

L'usurpation de l'ingénuité fut réprimée par une loi Visellia, de l'an 24, en exécution d'un Sc. de l'année précédente (6).

2° *Perte de la qualité d'ingénu.* — La qualité d'ingénu acquise par la naissance se perd par l'esclavage (*justa servitus*) et ne peut être recouvrée même si l'esclavage prend fin (7). Celui qui est temporairement *servi loco* (p. 142) et celui qui, après captivité, revient à Rome (I, 572, 4-5), restent ingénus. La qualité d'ingénu acquise par le bienfait du prince se perd par le retrait de la faveur qui a été accordée (8).

§ 5. *Sui juris.* — Voir sur cette condition, t. I[er], 178, 3.

II. CAPITIS DEMINUTIO. — La capacité juridique se perd par la *capitis deminutio;* mais cette perte peut n'être que tempo-

(1) GAIUS, I, 11; MARC., 1 Inst., D., I, 5, 5 pr.; HOR., *Sat.*, I, 6, 7.
(2) APP., *B. c.*, IV, 80; SUET., *Aug.*, 74; DIO CASS., XLVIII, 45; LIII, 30.
(3) HADR., ap. ULP., 4 ad l. Jul., D., XL, 10, 6; MARC., *eod.*, 3; PAUL, *eod.*, 5; ULP., 41 ad Ed., D., XXXVIII, 2, 3 pr. Il en fut autrement au I[er] siècle, alors que la concession de l'anneau d'or conférait l'*equestris dignitas*. Cf. MOMMSEN, VI, 2, 120, 2-3; 121, 1; V, 171.
(4) DIOCL., C., VI, 8, 1; IX, 21, 1.
(5) MARC., 1 Inst., D., XL, 11, 2; SCÆV., 6 Resp., *eod.*, 3. Cet usage existait au milieu du II[e] siècle. Pline (*Ep.*, X, 77 et 78) parle de *restitutio natalium* dans un sens tout différent, à propos d'enfants qui n'ont pas été reconnus.
(6) ULP., III, 5; DIOCL., C., X, 32, 1. Cf. *Dict. des Antiq.*, V, 1167.
(7) Arg. GAIUS, I, 11.
(8) COMMOD., ap. MARC., D., XL, 10, 3.

raire : le *capite minutus* acquiert parfois une capacité nouvelle.

En droit classique, le mot *caput* désigne l'état de la personne, non plus seulement au point de vue de la cité et de la famille, mais encore au point de vue de la liberté (I, 202). C'est une conséquence de l'extension de la personnalité juridique aux non-citoyens. Cette extension a été d'autant plus aisément admise que le *caput* est désormais indépendant de l'inscription sur les registres du cens; de bonne heure cette inscription a cessé d'être rigoureusement exigée; elle n'est plus pratiquée depuis Domitien.

Le *caput* comprend donc trois éléments : liberté, cité, famille. La perte de l'un de ces éléments entraîne une *capitis deminutio :* la *c. d.* est *maxima*, *media* ou *minima* suivant qu'elle porte sur la liberté, la cité ou la famille. Il y a *maxima c. d.* lorsqu'un citoyen romain devient esclave, ou qu'un affranchi déditice réside à Rome contrairement à la loi Ælia Sentia ; *media c. d.*, lorsqu'on perd le droit de cité tout en conservant la liberté, par exemple lorsqu'on encourt la peine de l'interdiction de l'eau et du feu ; *minima c. d.*, lorsqu'une personne *sui juris* devient *alieni juris* (adrogation, *manus*), lorsqu'un fils de famille passe effectivement (abandon noxal) ou pour la forme (adoption, *coemptio*, émancipation) sous le *mancipium* d'un tiers, ou lorsqu'il est affranchi du *mancipium* (1); lorsqu'une personne soumise à la puissance paternelle passe sous la puissance paternelle ou sous la *manus* d'un tiers (enfants de l'adrogé, *manus*).

La *c. d.* n'est plus, en droit classique, qu'une survivance d'une époque où la qualité de citoyen, appartenant à une famille déterminée, avait une importance capitale, soit pour la capacité juridique, soit pour l'hérédité et la tutelle. Bien qu'on ait essayé de l'étendre aux non-citoyens et de l'accommoder à une conception plus large du droit, ses effets répugnaient trop aux idées qui avaient cours à la fin de la République et sous l'Empire. L'œuvre du préteur et de la jurisprudence a consisté à écarter ces effets ou tout au moins à les atténuer.

En principe, le *capite deminutus* est considéré comme un homme nouveau (I, 202, 4). Gaius compare la *c. d.* à la mort (civile) (2). Mais l'édit du Préteur ne permet pas à celui qui

(1) Dans ces deux derniers cas, il y a autant de *c. d.* que d'émancipations ou d'affranchissements.

(2) Le rapprochement fait par Gaius n'a pas la valeur d'un principe. Desserteaux (*Etude sur les effets de l'adrogation*, 1893, p. 110-116) a signalé les différences qui existent entre les effets de la mort naturelle et ceux de la *capitis deminutio*. Cf. Audibert, *Nouv. Rev. hist.*, XVII, 270.

a subi une *c. d. minima* de l'invoquer pour se dispenser de payer ses dettes (I, 203) : il rend aux créanciers les actions qu'ils ont perdues comme si leur débiteur n'avait pas subi de *c. d.* La jurisprudence a étendu cette règle au cas de *c. d. maxima* ou *media :* elle donne une action utile contre ceux qui ont recueilli les biens du *capite minutus* (1).

D'autre part, la jurisprudence a soustrait un certain nombre de droits aux effets de la *c. d. minima* en les présentant comme attachés à la personne physique : legs d'habitation, services d'un esclave, legs de rente viagère (2) et même, suivant Julien, créances résultant de la société (3) ou du mandat (4). On a enfin rendu indépendant de la *c. d.*, outre la tutelle dative qui est une charge publique, les tutelles testamentaire et fiduciaire (5), puis l'obligation alimentaire (6), le droit à la restitution de la dot (7), les droits de succession créés par l'édit ou par les lois nouvelles (8).

III. Déchéances résultant de la loi ou de l'édit du préteur. — Dans l'ancien droit, les restrictions à la capacité juridique résultaient de l'intestabilité et du blâme du censeur (I, 255, 10; 664). En droit classique, la peine de l'intestabilité paraît avoir été appliquée par la loi Cornelia aux auteurs de libelles diffamatoires. L'*ignominia*, prononcée par mesure individuelle et d'une manière arbitraire, a disparu avec la censure qui, supprimée en fait par Sylla, n'a survécu jusqu'à Domitien que comme une magistrature d'exception. L'ignominie est désormais

(1) Ulp., 12 ad Ed., D., IV, 5, 2 pr., 1; Jul., ap. Paul, 11 ad Ed. *eod.*, 7, 2.

(2) Mod., 8 Diff. *eod.*, 10; Ulp., 17, 18 ad Sab., D., VII, 7, 2; VII, 8, 10 pr.; Pap., 17 Quæst., *eod.* Pour l'usufruit, il était d'usage de le léguer *in singulos annos, menses* ou *dies* pour éviter l'effet de la *c. d.* (Gaius, 5 ad l. Jul., D., XXXIII, 1, 8; Ulp., D., VII, 4, 3 pr., 1; *Vat. fr.*, 64). Pour diminuer les chances d'extinction du legs d'usufruit, Julien fit admettre, contrairement à Labéon, que son *dies cedens* ne serait pas antérieur à l'adition de l'hérédité (*Vat. fr.*, 60).

(3) Julien (ap. Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 2, 58, 2) donne cette décision pour le cas d'émancipation d'un fils de famille, membre d'une société. Cf. Ulp., *eod.*, 63, 10; Paul, 32 ad Ed. *eod.*, 65, 11. On a dit que ces derniers textes ont été interpolés ; mais on ne peut en dire autant du premier qui pose la question et donne une solution nouvelle. Gaius (III, 153) enseigne encore la doctrine qui avait cours avant Julien.

(4) Jul., ap. Afr., 2 Quæst., D., XXVIII, 5, 46 : *Non absurde dici possit actionem mandati futuram... Sed nec vulgarem filio competituram verum utilem.*

(5) Ulp., XI, 17; Fr. Sinaï, 17; Paul, D., IV, 5, 7 pr. Accarias (I, 413, 1) fait une réserve pour la tutelle fiduciaire ; mais le texte de Paul est général.

(6) Ulp., 2 De off. cons., D., XXV, 3, 5, 1.

(7) Gaius, 4 ad Ed. prov., D., IV, 5, 8; Ulp., D., XXIV, 3, 22, 5; Paul, *eod.*, 44 pr. Même décision en cas de *c. d. media* (Ulp., D., XLVIII, 20, 5, 1).

(8) *Bonorum possessio unde cognati, unde liberi, contra tabulas* (Gaius, III, 25-26; Ulp., XXVIII, 8 et 12). Succession déférée par Sc. Orfitien et Tertullien (Pomp., 10 ad Q. Muc., D., XXXVIII, 16, 11; Ulp., D., XXXVIII, 17, 1, 8).

une restriction à la capacité juridique, infligée par la loi ou par la jurisprudence aux personnes exerçant des professions réputées déshonorantes, ou ayant encouru certaines condamnations, ou appartenant aux classes inférieures de la société.

C'est au VIIe siècle de Rome que la loi commence à attacher diverses déchéances aux condamnations prononcées en matière criminelle : exclusion du sénat, des listes de juges, inéligibilité aux magistratures (1), refus du droit de se porter accusateur (2). Au VIIIe siècle, la loi municipale de Jules César, la loi Julia *de vi* et les lois d'Auguste (3) énumèrent les causes d'ignominie et leur attribuent de nouveaux effets (exclusion du décurionat, empêchement à mariage avec certaines personnes, droit de tuer le complice de l'adultère s'il est pris en flagrant délit).

De son côté, dès la fin du VIIe siècle (4), le Préteur refuse à certaines catégories de personnes le droit de plaider pour autrui (*postulare pro alio*) si ce n'est pour un parent, allié, patron, ainsi que le droit de constituer un *procurator* ou un *cognitor* ou d'en remplir les fonctions. L'opinion publique tient ces personnes pour infâmes, mais comme l'édit s'abstient de les qualifier ainsi, elles ont pendant longtemps échappé aux conséquences attribuées par la loi à l'ignominie (5). Au Bas-Empire, on a confondu sous une dénomination commune les personnes frappées d'ignominie par la loi et celles qui étaient visées dans l'édit. Trompés par cette confusion, les compilateurs du Digeste ont attribué à l'Édit la détermination des personnes notées d'infamie.

II

CAPACITÉ RESTREINTE DES LATINS FICTIFS ET DES PÉRÉGRINS.

§ 1er. *Latins fictifs.* — L'ancien droit avait fait aux *Latini veteres* et aux Latins coloniaires une situation privilégiée (I, 707). Lorsque la loi Julia de 664 eut accordé la cité romaine à tous les Latins, le *jus Latii* aurait dû disparaître. On le conserva néan-

(1) Loi Cassia de 650 (Asc., in Cic., *p. Corn.*); Loi Calpurnia *de ambitu* de 687 (Schol. Bob. in Cic., *p. Sylla*, p. 361); Loi Julia *repetundarum* de 697 (D., XLVIII, 11, 6, 1) ; Loi Julia de *vi* (D., XLVIII, 7, 1 pr.).

(2) Ulp., *Collat.*, IX, 2, 2 ; Callist., 4 De cogn., D., XXII, 5, 3, 5.

(3) *C. I. L.*, I, 206, l. 108. Loi Julia *de marit. ordin.* ; Loi Julia *de adulteriis* (Ulp., XIII, 2; 2 De adult., D., XLVIII, 2, 4; 6 ad Ed., D., III, 2, 11, 3).

(4) L'édit *de postulando* fut provoqué par la conduite inconvenante d'une femme qui plaidait pour autrui (Ulp., 6 ad Ed., D., III, 1, 1, 5). Cette femme, appelée Curfania ou plutôt C. Afrania (Val. Max., VIII, 3, 2), mourut en 706.

(5) Jul., *loc. cit.*, p. 97, 6; Gaius, IV, 182. Cf. Lenel, *E. P.*, I, 87.

moins et on en conféra le bénéfice à des cités pérégrines et même à des provinces : telle la Gaule transpadane d'après la loi Pompeia de 665, et l'Espagne d'après un édit de Vespasien. Les habitants de ces provinces furent assimilés aux Latins des douze nouvelles colonies (I, 708). Les Latins fictifs eurent le *commercium* et même la *legis actio* (1) ; s'ils n'ont pas le *conubium*, on retrouve chez eux des institutions analogues à celles des Romains, telles que la puissance paternelle et la *manus* (2). Enfin ils sont admis à la cité romaine soit par l'exercice d'une magistrature municipale (*minus Latium*) ou du décurionat (*majus Latium*) (3), soit dans les cas fixés par la loi.

§ 2. *Pérégrins.* — Le mot pérégrin désigne, non plus comme autrefois, les citoyens d'un État souverain, indépendant de Rome, mais les sujets de l'Empire qui ne sont ni citoyens ni Latins, les habitants des cités libres ou des principautés tributaires, et même les étrangers résidant sur le territoire romain (4). Ils sont tous exclus du *jus civile*, mais peuvent invoquer le *jus gentium*. Ils ont donc, au point de vue de la loi romaine, une capacité juridique qui, pour être restreinte, n'en est pas moins assez large, par suite de l'importance acquise par le *jus gentium* (p. 48). Pour le surplus, leur condition était régie, avant Caracalla, soit par le droit local, soit par l'édit provincial (p. 64).

CHAPITRE II

Des personnes placées sous la dépendance d'autrui.

I

RÉORGANISATION DE LA FAMILLE.

La famille a conservé, à l'époque classique, sa constitution monarchique : elle est gouvernée par un chef, le *paterfamilias*. Femmes, enfants, esclaves, personnes *in mancipio*, affranchis même sont, à des degrés divers, soumis à son autorité. Mais cette subordination est loin d'être aussi étroite que par le passé. Le régime patriarcal est battu en brèche; l'organisation de la famille se modifie : une évolution commence qui se poursuivra

(1) On peut le conclure de l'usage de l'affranchissement par la vindicte, consacré par la loi de Salpensa, c. 26.
(2) Lex Salp., c. 21-24, 28, 29.
(3) Gaius, I, 96. Fragment d'Autun, § 7.
(4) Sen., *de clem.*, I, 6.

jusqu'aux temps modernes. Elle se caractérise par trois faits : 1° la décadence de la famille agnatique et des droits attachés à la parenté civile; 2° l'importance croissante attribuée à la parenté naturelle ou cognation ; 3° la réglementation par la loi des rapports de famille.

I. Famille agnatique. — La famille n'est plus, comme autrefois, la réunion des personnes associées à un même culte et placées sous la protection d'un même chef. L'association au culte a perdu sa portée pratique par suite de l'affaiblissement du sentiment religieux et de la moralité ; la protection du chef a été souvent invoquée en vain par les membres de la famille : la loi a dû déterminer ses droits et ses devoirs vis-à-vis des personnes placées sous sa dépendance. Ainsi disparut la distinction antique de la *domus* et de la *familia*. Désormais la famille se définit : un groupe de personnes soumises, par la nature ou par un acte juridique, à la puissance d'un seul chef (1). Elle ne comprend que les agnats et les personnes assimilées.

Sont agnats tous ceux qu'une filiation légitime rattache à un auteur commun et qui appartiennent à la maison dont il est le maître, ou qui y appartiendraient s'il était encore vivant. Cette définition exclut de la famille agnatique deux classes de personnes : 1° les descendants par les femmes, car ils n'appartiennent pas à la maison de l'auteur commun; ils sont dans la famille de leur père; 2° les enfants qui, du vivant du maître, sont sortis de sa maison : la *capitis deminutio* qu'ils ont subie leur fait perdre la qualité d'agnat. Au contraire, sont assimilés aux enfants légitimes et traités comme des agnats, les enfants adoptés et les femmes *in manu* (I, 198).

Bien que modifiée dans son principe, l'agnation n'en confère pas moins des droits importants, particulièrement en matière de succession. Mais, à mesure que le caractère artificiel de la famille agnatique apparut plus clairement à l'esprit des Romains, ces droits semblèrent moins justifiés. L'édit du préteur, les constitutions impériales n'hésitèrent pas à exclure les agnats en présence de certains cognats (2).

II. Famille naturelle. — La famille naturelle, fondée sur le mariage et les liens du sang, comprend deux groupes de personnes : les cognats et les alliés.

(1) Ulp., 43 ad Ed., D., L, 16, 195, 2 : *Familiæ appellatio refertur et ad corporis cujusdam significationem... Jure proprio familiam dicimus plures personas quæ sunt sub unius potestate aut natura aut jure subjectæ.*

(2) Enfants émancipés, ou donnés en adoption, mais émancipés du vivant de leur père naturel (Gaius, III, 26). Exclusion de certains agnats par la mère (Ulp., XXVI, 8).

1° Les cognats sont les personnes qui descendent d'un auteur commun (1). Le lien que la nature a établi entre elles peut se former soit à la suite d'un mariage légitime, soit en dehors du mariage (2). Dans le premier cas, l'enfant est cognat de ses père et mère et de leurs parents; dans le second, il n'est cognat que de sa mère et des parents de sa mère (3); il ne peut légalement avoir un père certain. Sont assimilés à des cognats les enfants entrés dans la famille agnatique par voie d'adoption; mais la cognation ne subsiste ici que tant que dure le lien d'agnation (4).

2° L'alliance est un rapport qui se forme à la suite d'un mariage légitime entre chacun des époux et les parents de l'autre; il ne comporte pas de degrés et prend fin à la dissolution du mariage (5). L'alliance n'est prise en considération que dans un petit nombre de cas, pour l'application de la loi Cincia (I, 558), de l'édit *de postulando* (6), des empêchements à mariage. Dans ce dernier cas, on l'entend d'une manière très large : son effet subsiste après la dissolution du mariage; on l'admet entre fiancés (7), entre esclaves, entre concubins (8).

La cognation, au contraire, confère des droits importants. Sous l'influence d'une doctrine philosophique dont Cicéron s'est fait l'interprète (9), le Préteur, le sénat, les empereurs ont attribué à la parenté naturelle de nombreuses prérogatives. La principale consiste à donner vocation à la succession *ab* intestat. C'est un principe nouveau qui s'introduit dans la législation et qui aura pour résultat d'ébranler les fondements de l'organisation patriarcale et aristocratique de la famille.

A côté de ce droit de succession reconnu à tous les cognats, on a accordé des droits spéciaux à certains d'entre eux : 1° à la mère : droit de garde des enfants en cas de mauvaise conduite du mari (10) ou lorsqu'ils sont en tutelle (11), droit de correc-

(1) Voir t. I[er], p. 211, pour la distinction des cognats en ligne directe et en ligne collatérale, et pour le calcul des degrés de parenté. Cf. Gaius, 8 ad Ed. prov., D., XXXVIII, 10, 11; Lab., ap. Ulp., 46 ad Ed., D., XXXVIII, 8, 1.

(2) Mod., 12 Pand., D., XXXVIII, 10, 4, 2.

(3) Gaius, 16 ad Ed. prov., D., XXXVIII, 8, 2; Mod., 14 Resp. *eod.*, 8. L'enfant naturel est le cognat des enfants de sa mère (*C. I. L.*, IX, 4269).

(4) Jul., 27 Dig., *eod.*, 8, 3; Ulp., 46 ad Ed. *eod.*, 1, 4.

(5) Mod., 12 Pand., D., XXXVIII, 10, 4, 8; 4, 3; 4, 5.

(6) *Vat. fr.*, 302; Ulp., 6 ad Ed., D., III, 1, 1, 11; 3, 2.

(7) Serv., ap. Pomp., 1 Ench., D., XXXVIII, 10, 8; Ulp., 26 ad Sab., D., XXIII, 2, 12, 2; Jul., ap. Inst., I, 10, 9.

(8) Paul., 35 ad Ed., D., XXIII, 2, 14, 3; Alex., C., V, 4, 4.

(9) Cic., De off., I, 17, 54.

(10) Rescr. Pii, Marci, Sev., ap. Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 30, 1, 3; 3, 5.

(11) Alex., C., V, 49, 1.

tion (1), droit à la succession *ab* intestat de ses enfants sous les conditions prévues par le Sc. Tertullien; 2° aux ascendants : droit à l'*obsequium* et à la *reverentia* (2), droit à des aliments en cas de besoin; 3° aux ascendants et descendants : concession du *jus antiquum* par les lois caducaires, droit de réclamer les legs, fidéicommis, donations à cause de mort, lorsque la *bonorum possessio* est accordée *contra tabulas* (3); 4° aux frères et sœurs consanguins, droit à la *querela inofficiosi*, lorsqu'on leur a préféré des personnes de condition vile; 5° à dix cognats de préférence au *manumissor extraneus*, la *bonorum possessio unde decem personæ*.

Au IIIe siècle, cognats et alliés forment une sorte de conseil de famille qui est appelé à donner son avis au Préteur en divers cas : 1° choix de la personne à qui l'on doit confier l'éducation d'un impubère en tutelle (4); 2° mariage d'une fille *sui juris;* 3° adrogation d'un impubère (5) ; 4° aliénation des biens ruraux et suburbains des mineurs; 5° exclusion d'un tuteur suspect (6).

III. Réglementation des rapports de famille. — L'autorité du père de famille n'a plus le même caractère qu'à l'époque antique : elle ne se confond ni avec la *potestas* (I, 154), ni avec le *dominium* (I, 171) ; elle varie suivant les personnes auxquelles elle s'applique. C'est un pouvoir consacré et défini par la loi.

Cette transformation est la conséquence du changement qui s'est produit dans l'organisation de la famille. La loi ancienne avait respecté l'autonomie du *paterfamilias :* chef de culte, magistrat domestique, maître de maison, le père de famille était souverain, sauf quelques restrictions établies dans l'intérêt public (I, 158). Il en fut ainsi tant que les chefs de famille exercèrent leur pouvoir avec mesure : lorsqu'ils perdirent le sentiment de leurs devoirs et qu'on vit se multiplier les abus, l'État ne se fit aucun scrupule de réglementer un pouvoir que les mœurs étaient impuissantes à contenir.

(1) *Jus emendationis* (Sat., *de pœnis*, D., XLVIII, 19, 16, 2).

(2) Magistrat compétent : le préfet de la ville à Rome (Ulp., D., XXXVII, 15, 1, 2), le gouverneur dans les provinces (Val., Gall., C., VIII, 46, 4). Dès le temps de Cicéron, Servius refusait aux enfants *vulgo quæsiti* le droit de citer leur mère en justice sans la permission du préteur (D., II, 4, 4, 3). Même décision pour les enfants nés pendant que leurs parents étaient esclaves (Lab., *eod.*).

(3) Edit *de legatis præstandis* (Ulp., 40 ad Ed., D., XXXVII, 5, 1, 3; pr.; cf. Jul., 23 Dig., *eod.* 6). Même privilège pour la femme et la belle-fille. Autre privilège : le legs de la chose d'autrui est valable, même si le testateur a cru que la chose était à lui (Alex., C., VI, 37, 10; Pomp., 5 ad Q. Muc., D., XXXIV, 2, 10, *in fine*).

(4) Sev., ap. Ulp., 34 ad Ed., D., XXVII, 2, 1, 1 ; Alex., C., V, 49, 1.

(5) Sev., Car., C., V, 4, 1; Diocl., C., VIII, 48, 2.

(6) Tryph., 14 Disp., D., XXVII, 2, 6; Sev., Car., Inst., I, 26, 4.

Le pouvoir du père de famille apparut dès lors comme une concession de la loi (I, 155, 1). C'est un droit au même titre que la propriété quiritaire, mais c'est un droit d'une autre nature : il a pour corrélatif des obligations. C'est là une idée nouvelle qui se fait jour à la fin de la République. Les rapports de famille donnent lieu à un ensemble de droits et d'obligations réciproques. Autrefois, le chef seul avait des droits : maintenant, la femme et les enfants en ont aussi, de par la volonté de la loi.

En transformant le pouvoir du chef de famille en un droit défini par la loi, on a évité de le confondre avec les droits sur les choses composant son patrimoine (p. 41). A côté de la propriété quiritaire, il y eut la *manus*, la puissance paternelle, la puissance dominicale, le *mancipium*, le patronat. L'étude des personnes placées sous la dépendance d'autrui se ramène à l'étude des droits attribués par la loi au père de famille.

IV. Intervention de l'état pour assurer l'observation de certains devoirs de famille. — L'intervention de l'État dans les rapports de famille ne s'est pas seulement manifestée par les atteintes portées à la puissance du *paterfamilias*, magistrat domestique : les empereurs ont voulu assurer l'observation de certains devoirs de protection qui incombaient au chef de la famille (I, 154 et 230). Ces devoirs consistaient : 1° à perpétuer la famille ; 2° à pourvoir à la nourriture et à l'entretien de ses membres.

§ 1er. *Lois d'Auguste sur le mariage.* — Au dernier siècle de la République, l'une des préoccupations des moralistes et des hommes politiques fut de rechercher le moyen d'arrêter le désordre qui régnait dans les mœurs des citoyens. Ils étaient surtout frappés de la fréquence du célibat, de la diminution de la natalité. En 623, le censeur Metellus résolut d'user de ses pouvoirs pour forcer les citoyens à se marier, comme à l'époque antique, *liberorum quærendorum gratia :* cette tentative resta sans résultat (1). On eut alors la pensée d'accorder certaines faveurs aux chefs de familles ayant au moins trois enfants (2).

Auguste suivit d'abord l'exemple de Q. Metellus, et fit usage du pouvoir censorial. Il publia, en 726, un édit prescrivant

(1) Liv., *Ep.*, LIX; Suet., *Aug.*, 89.

(2) La loi Papia de 689 (?) les dispensa de remettre leur fille si elle était choisie pour être vestale (Capito, ap. Gell., I, 12, 8). J. César, dans sa loi agraire de 695, proposa d'attribuer le territoire si fertile de Capoue et de Stellata, aux citoyens ayant au moins trois enfants lors du vote de la loi (Suet., *Jul.* 20; Dio Cass., XXXVIII, 7. App., *B. c.*, II, 10). C'est là l'idée première du *jus trium liberorum* accordé par la loi Papia aux femmes ingénues (Gaius, III, 45). La loi Julia *de provinciis* de 708 décide que si plusieurs magistrats sont appelés simultanément à gouverner des provinces, celui d'entre eux qui sera marié, ou qui aura le plus d'enfants, aura un droit de préférence pour le choix de sa province (Dio Cass., XLIII, 25).

aux citoyens de se marier et de donner des défenseurs à la patrie. Cette mesure fut rapportée bientôt après (1). L'autorité morale du censeur était impuissante à réformer les mœurs ; l'intervention du législateur parut nécessaire. Auguste résolut de faciliter le mariage des personnes libres qui étaient sous la dépendance d'autrui : fils et filles de famille, affranchis.

1° Le chef de famille pouvait mettre obstacle au mariage de ses enfants de deux manières : en refusant son consentement, en refusant de doter ses filles. Auguste demanda au peuple de restreindre les droits du père, puisqu'on les exerçait contrairement aux intérêts de l'État. La loi Julia *de maritandis ordinibus* permit aux magistrats d'user de contrainte envers le père qui refuse à tort de consentir au mariage de ses enfants. La jurisprudence étendit cette règle à celui qui ne cherche pas à marier sa fille. La loi n'était sans doute applicable qu'en Italie : Sévère et Caracalla donnèrent la même compétence aux proconsuls et aux gouverneurs des provinces impériales (2).

Même décision au cas où le chef de famille refuse de doter sa fille. On rendit indirectement obligatoire un devoir depuis longtemps imposé par l'usage (I, 229) (3). Tout chef de famille (4) fut tenu de doter sa fille en puissance, lorsqu'un tiers ne l'avait pas fait à sa place : l'obligation avait un caractère subsidiaire (5).

Vers la fin de l'époque classique, la portée de cette obligation fut modifiée; elle cessa d'être une conséquence exclusive de la puissance paternelle : on l'imposa à la mère dans des cas exceptionnels (6), et au père vis-à-vis de sa fille émancipée (7). Les

(1) Prop., II, 7 : *Gavisa es certe sublatam, Cynthia, legem qua quondam dicta flemus uterque diu, Ni nos divideret*. Cette élégie de Properce, qui ne saurait avoir été écrite après 728 (Plessis, *Etude critique sur Properce*, 1886, p. 223), est vraisemblablement de 726. (Tac., *Ann.*, III, 28 ; Dio Cass., LIII, 13). Mommsen (*Strafrecht*, 691, 1) pense qu'il s'agit, non d'un édit, mais d'un projet de loi qui aurait été retiré avant d'avoir été soumis au peuple.

(2) Marc., D., XXIII, 2, 19. En Italie, le magistrat compétent était vraisemblablement le consul. Arg. Ulp., D., XXV, 3, 5, 8, extrait du lib. 21 *de officio consulis*.

(3) C., V, 11, 7 : *Paternum officium*. Ulp., 44 ad Ed., D., XXXVIII, 1, 10 : *Pietas patris*. Cette obligation lui fut sans doute imposée par la jurisprudence, par interprétation du chap. xxxv de la loi Julia *de marit. ordin.*, qui prescrit aux magistrats d'user de contrainte envers les pères de famille qui empêchent sans motif leurs enfants de se marier. Cette interprétation fut consacrée par Sévère et Caracalla.

(4) Même l'aïeul paternel (Cels., 10 Dig., D., XXXVIII, 6, 6).

(5) Nerat., Jul., ap. Ulp., 31 ad Sab., D., XXIII, 3, 5, 6; 5, 9.

(6) Diocl., C., V, 12, 14 : *Mater pro filia dotem dare non cogitur nisi ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa*. On ne connaît pas la loi qui, au temps de Dioclétien, imposait à la mère cette obligation. La fin du texte a été peut-être ajoutée par Tribonien à cause de C., I, 5, 19, 3, relative à la fille orthodoxe.

(7) La loi Julia visait la fille *in potestate* (Marc., *loc. cit.* ; Jul., 16 Dig., D., XXIII, 3, 44 pr.). Mais Justinien dit qu'une controverse s'était élevée *apud veteres*

collatéraux n'y furent pas soumis (1). Le père dut constituer à sa fille une dot convenable, eu égard à sa fortune, au nombre de ses enfants, au rang social du mari (2).

2° Pour faciliter le mariage des affranchis, la loi Julia leur fait remise de la promesse de ne pas se marier que le patron aurait pu exiger. Cette promesse est annulée, même si elle a été confirmée par un serment (3). Les femmes ne peuvent cependant se marier sans le consentement de leur patron : la loi lui a réservé ce droit, parce que l'autorisation a pour effet de les dispenser de tous services pendant la durée du mariage (4).

La femme affranchie, dont le patron est impubère, peut demander un tuteur spécial pour se constituer une dot (5).

3° La loi Julia supprima à plus forte raison les obstacles au mariage résultant non plus de la puissance paternelle ou du patronat, mais de la volonté d'un tiers. Elle prévoit deux cas : legs fait sous la condition de ne pas se marier ; legs fait par un mari à sa femme sous la condition de rester veuve. Dans le premier cas, la condition est réputée non écrite (6) ; dans le second, la femme peut réclamer le legs pourvu qu'elle se marie dans l'année, ou qu'elle fournisse la caution Mucienne (7).

4° Pour encourager au mariage les citoyens *sui juris*, les lois Julia et Papia Poppæa accordèrent une série de privilèges aux femmes mariées et à celles qui avaient des enfants et frappèrent les célibataires de certaines incapacités en matière de succession.

sur le point de savoir si la dot constituée par un père devait, dans le doute, être imputée sur les biens du père ou sur ceux de la fille (C., V, 11, 7) ; or, anciennement, la fille émancipée seule pouvait avoir un patrimoine. Cf. Pap., 10 Quæst., D., XXIII, 3, 5, 12, qui impute la dot sur les biens du père. Ulp., 31 ad Sab. *eod.*, 5, 11.

(1) Paul, 38 ad Ed., D., XXVI, 7, 12, 3. On ne saurait conclure de ce texte que les frères ou sœurs consanguins sont tenus de l'obligation de doter : l'argument *a contrario* serait insuffisant.

(2) Pap., 4 Resp., D., XXIII, 3, 69, 4 ; Lab., ap. Cels., 15 Dig., D., XXXII, 43. Si la dot périt durant le mariage, le père n'est pas tenu de doter sa fille à nouveau : les risques ne sauraient être à sa charge. En cas de secondes noces, le devoir du père subsiste, si sa fille est toujours en sa puissance : il constituera à nouveau la dot qu'il a recouvrée à la dissolution du premier mariage (cf. Pomp., 15 ad Sab., D., XXIV, 3, 4 ; Jul., 2 ad Urs. Fer. *eod.*, 32 ; Ulp., 2 Resp., *eod.*, 37). Il en est autrement si la fille n'est plus en puissance. Le père a rempli son devoir en la dotant une première fois ; la fille, qui a fait rentrer cette dot dans son patrimoine, n'a d'ailleurs plus besoin de faire appel à l'*officium paternum*. Cf. sur cette question controversée : Vangerow, I, 392 ; Mandry, I, 244 ; Dernburg, III, 27, 7.

(3) Paul, 2 ad l. Æl. Sent., D., XXXVII, 14, 6, 4. Cf. p. 146, 3.

(4) Alex., C., VI, 3, 9 ; VI, 6, 2 ; Cels., 12 Dig., D., XXXVIII, 1, 30, 1.

(5) Gaius, I, 178.

(6) Jul., 35 Dig., D., XXXV, 1, 22 ; Pap., 32 Quæst. *eod.*, 74. Gaius (1 fid., D., XXXII, 14) était d'un avis différent.

(7) L'une et l'autre condition ont été supprimées par Justinien (C., VI, 40, 2 et 3 ; Nov., XXII, c. 43). La loi Miscella (= *Satura*), dont il parle, n'est autre que la loi Julia *de maritandis ordinibus*.

§ 2. *Obligation alimentaire.* — Dans l'ancienne Rome, tout *paterfamilias* devait pourvoir à la nourriture et à l'entretien des membres de sa famille (I, 154, 1) (1). Sous l'Empire, ce devoir a été rendu indépendant de la puissance paternelle et de l'agnation (p. 75, 6); il est réciproque. L'observation en est assurée *extra ordinem* par les magistrats.

L'obligation alimentaire a désormais pour fondement l'équité, les liens du sang. D'abord restreinte entre l'enfant en puissance et ses ascendants paternels, elle fut étendue à l'enfant émancipé, à la mère et aux ascendants maternels (2). Vis-à-vis de la mère, elle s'exerce surtout à l'égard de ses enfants naturels (3).

L'obligation alimentaire est intransmissible ; mais en cas d'extrême pauvreté, les héritiers du fils doivent des aliments au père (4).

Le montant de l'obligation est déterminé par le magistrat d'après les besoins et le rang social de l'ayant droit et la fortune du débiteur (5). En cas de refus de fournir des aliments, le magistrat use de son droit de coercition : il prend des gages et les fait vendre, s'il y a lieu (6).

(1) Si, à sa mort, il laissait pour héritier son fils impubère et qu'il eût omis de rien léguer à sa femme mariée *sine manu*, le tuteur pouvait-il, sans engager sa responsabilité, fournir des aliments à la mère de son pupille ? C'est sous cet aspect que la question de l'obligation alimentaire parait être entrée dans la sphère du droit. Le juge de l'action *tutelæ directa* eut à apprécier si le tuteur n'avait pas dépassé les limites convenables eu égard à la fortune du pupille, s'il devait fournir des aliments à la mère (Lab., ap. Ulp., 36 ad Ed., D., XXVII, 3, 1, 4) ou à la sœur du pupille (Jul., 21 Dig., *eod.* 1, 2; XXVII, 2, 4; Gai., 12 ad ed. prov. D, XXVI, 7, 13, 2; Paul, 38 ad Ed. *eod.* 12, 3). L'obligation alimentaire entre collatéraux ne paraît pas avoir été confirmée par les Antonins.

(2) Ulp., 2 de off. cons., D., XXV, 3, 5 pr; Jul., 21 Dig., D., XXVII, 2, 4. Rescrits d'Antonin le Pieux et de Marc-Aurèle (Ulp., *eod.*, 5, 5-7, 9, 11, 14, 17; Paul, 1 Quæst., D., III, 5, 33; C., V, 25, 1-3).

(3) Ulp., 5, 4-5. Vis-à-vis du père, l'enfant légitime a seul droit à des aliments : *Idem (divus Pius) rescripsit ut filiam suam pater exhibeat, si constiterit apud judicem juste eam procreatam.* (*Id.*, 5, 6).

(4) Ulp., 5, 17.

(5) *Ibid.*, 5, 7 et 11. Sur le sens du mot aliment, cf. Jav., 2 ex Cass., D., XXXIV, 1, 6 ; Ulp., 5, 12 et 16.

(6) *Ibid.*, 5, 10. Le magistrat compétent était à Rome l'un des consuls : le commentaire d'Ulpien est extrait de son livre II, *de officio consulis.* En dehors du cercle de la famille, les constitutions imposent l'obligation alimentaire aux affranchis vis-à-vis de leur patron. Le préfet de la ville à Rome, les gouverneurs dans les provinces sont chargés de connaître des réclamations formées par les patrons (Ulp., de off. pr. urbi, D., I, 12, 1, 2). Réciproquement, le patron doit des aliments à ses affranchis dans le besoin. Mod., D., XXXVIII, 2, 33; XXV, 3, 6 pr.; Cf. Paul, 38 ad Ed., D., XXVI, 7, 12, 3.

II

LE MARIAGE ET LA « MANUS ».

Le mariage est une des institutions qui ont le plus souffert de l'affaiblissement de la moralité publique (I, 455). La loi a vainement essayé de réagir ; l'immoralité a été la plus forte (1). Et pourtant la notion du mariage est bien plus élevée que dans l'ancien droit : l'essence du mariage consiste, non plus dans la procréation des enfants, mais dans l'union de l'homme et de la femme, entraînant une communauté complète d'existence (I, 205, 2). Cette notion n'a d'ailleurs pas produit toutes ses conséquences, notamment quant aux droits de succession entre conjoints (2).

I. Formation du mariage. — Dans l'ancienne Rome, la loi n'avait posé aucune règle sur la formation du mariage : c'était un acte régi exclusivement par la coutume des ancêtres et la jurisprudence des Pontifes. Lorsqu'aux derniers siècles de la République le mariage commença à produire des effets en droit privé, lorsque la loi ou la coutume eurent attaché certaines conséquences à l'état de mariage, en exemptant les époux de l'application des lois Furia et Cincia (3), en les autorisant à ne pas porter témoignage l'un contre l'autre (4), en prohibant les donations entre époux, il devint nécessaire de fixer le moment précis de la formation du lien conjugal (5).

A l'époque classique, le mariage n'est ni un acte solennel, ni un acte purement consensuel : on n'exige aucune célébration ni devant un prêtre, ni devant un officier public. Ce qui est essentiel, c'est la volonté réciproque des futurs époux de se traiter comme mari et femme (6), de fonder une famille, de perpétuer

(1) Sen., *Ep.*, 39, 6 : *Desinit esse remedio locus, ubi, quæ fuerunt vitia mores sunt* ; Sen., *Contr.*, II, 7, 1 : *Eo prolapsi sunt mores civitatis, ut nemo ad suspicanda adulteria nimium credulus possit videri*. Il y a eu des exceptions : la *laudatio Turiæ* en fournit un exemple mémorable (*C. I. L.* VI, 1527, et le fragment récemment découvert, *Notizie degli Scavi*, 1898, p. 413).

(2) La *bonorum possessio unde vir et uxor* est classée au 7e rang (Inst., III, 9, 3).

(3) Gaius, II, 225; *Vat. fr.*, 302. Voir t. Ier, p. 558.

(4) Paul, 2 ad leg. Pap., D., XXII, 5, 4.

(5) Ulp., 32 ad Sab., D., XXIV, 1, 3, 1 : *Si matrimonium moribus legibusque nostris constat*.

(6) Paul, 35 ad Ed., D., XXIII, 2, 2; Ulp., D., XXIV, 1, 32, 13 : *maritalis affectio* ; Pap., 12 Resp., D., XXXIX, 5, 31 pr. : *maritalis honor et affectio*.

une race (1). A défaut de cette volonté spéciale, il n'y a qu'un concubinat.

Cet accord de volonté se manifeste ordinairement, un certain temps à l'avance, par les fiançailles. On n'exige plus comme autrefois la forme de la *sponsio* (I, 209, 3) : l'accord des volontés suffit (2) ; habituellement il est constaté par écrit (*tabulæ*, *instrumentum*). Cet écrit, pas plus que la convention, n'a aucune valeur juridique. Les parties ont toujours la faculté de se dédire : toute clause contraire est nulle alors même qu'elle serait faite en forme de stipulation de peine (3). Mais si l'un des fiancés a reçu des arrhes, ou des présents sous la condition que le mariage aurait lieu, il doit les rendre (4). S'il contracte de nouvelles fiançailles sans avoir rompu les premières, il encourt l'infamie et perd le droit de postuler pour autrui (5).

L'accord de volonté des futurs époux est nécessaire, mais ne suffit pas : la preuve en est que le mariage ne peut se former quand la femme est absente (6). Le mariage implique en effet une communauté d'existence ; il faut que cette communauté puisse immédiatement commencer. Cette condition sera remplie, suivant la coutume antique, lorsque la femme sera conduite au domicile du mari (I, 210, 3) pour y être reçue avec l'eau et le feu (7). Mais cette formalité n'est pas essentielle : elle n'est imposée que dans le cas où le mari est absent. Si les futurs époux sont présents, la communauté d'existence pourra commencer avant même que la femme ait été reçue au domicile du mari (8).

Telles sont les deux conditions requises pour la formation du mariage. On remarquera que la première a une portée générale : la volonté des futurs époux, qui jadis s'effaçait devant celle de leurs chefs de famille lorsqu'ils étaient *alieni juris*, est désormais essentielle. C'est la conséquence des idées qui prévalent à cette

(1) Callistr., 2 Quæst., D., L, 16, 220, 3 : *Parentes pios qui liberorum procreandorum animo et voto uxores ducunt, ut ex prole eorum earumve diuturnitatis nobis memoriam in ævum relinquamus.*

(2) Ulp., 35 ad Sab., D., XXIII, 1, 4 ; 6 ad Ed. *eod.*, 18.

(3) Jul., VI, 200 ; Paul, 15 Resp., D., XLV, 1, 134 pr.

(4) Paul, D., XXIII, 2, 38 pr. ; Jul., 17 Dig., D., XXXIX, 5, 1, 1 ; Pap., 12 Resp., *Vat. fr.*, 262 ; Nerva, ap. Paul, 36 ad Ed., D., XXIV, 1, 38, 1.

(5) Jul., 1 ad Ed. D. III, 2, 1 ; Ulp., 6 ad Ed. *eod.*, 13, 1-4. Les fiançailles peuvent avoir lieu dès qu'on est sorti de l'*infantia*, mais, d'après la loi Julia, elles ne procurent au futur l'exemption des peines du célibat que si la fiancée a au moins dix ans. On a voulu obvier à une fraude consistant à prolonger sans motif la dispense des lois caducaires (Suet., *Aug.*, 34 ; Dio Cass., LIV, 16).

(6) Paul, II, 19, 8 : *Vir absens uxorem ducere potest ; femina absens nubere non potest.*

(7) Pomp., 4 ad Sab., D., XXIII, 2, 5 ; Ulp., 35 ad Sab., D., XXXV, 1, 15.

(8) Scæv., 9 Dig., D., XXIV, 1, 66 pr.

époque et qui tendent à reconnaître aux membres de la famille une personnalité distincte.

II. Conditions de validité du mariage. — Les conditions de validité du mariage sont relatives aux personnes dont les futurs époux doivent obtenir le consentement, à la puberté, à l'absence de tout empêchement.

1° *Consentement des chefs de famille.* — Lorsque les époux sont *alieni juris*, le consentement de leurs chefs de famille est comme autrefois requis pour la validité du mariage. C'est un hommage rendu à la puissance paternelle; mais cette puissance est très affaiblie. Elle ne peut plus s'exercer d'une manière arbitraire : si le chef refuse son consentement sans motif valable, la loi Julia (c. 35) autorise le recours au magistrat (1). La volonté du chef ne suffit pas toujours : le mari doit obtenir le consentement de tous ceux qui pourront avoir sur lui la puissance paternelle après la mort du chef actuel de la famille. Le grand-père, dit-on, ne peut donner à son fils des héritiers siens malgré lui (2).

Cette règle ne s'applique pas à la femme qui est sous la puissance de son grand-père : les enfants qui naîtront de son mariage ne seront jamais sous la puissance de son père; ils n'auront pas vis-à-vis de lui la qualité d'héritiers siens (3). Ce n'est pas seulement à ce point de vue qu'on est moins exigeant pour le mariage des filles. Il n'est pas nécessaire que leur chef de famille consente expressément au mariage : il suffit qu'informé du projet d'union avec une personne déterminée, il n'y fasse pas opposition (4). Il en serait autrement pour un mariage *cum manu* qui ne peut avoir lieu que *patre auctore*.

Les règles du droit classique diffèrent du régime actuel à trois points de vue : *a*) le consentement des ascendants n'est jamais requis pour les personnes *sui juris* quel que soit leur âge ; *b*) on n'exige ni le consentement de la mère ni celui des ascendants maternels ; *c*) pour les personnes placées sous la puissance de leur grand-père, le consentement du père ne suffit pas s'il s'agit du mariage du petit-fils ; il n'est point exigé pour le mariage de la petite-fille. Ces trois différences procèdent d'un principe unique : à Rome, le consentement des ascendants est requis non pas dans l'intérêt de l'enfant, comme de nos jours, mais par déférence pour le chef de la famille. Toutefois l'idée moderne ap-

(1) Marcian., 16 Inst., D., XXXIII, 2, 19.
(2) Inst., I, 11, 7 : *Ne ei invito heres suus adgnascatur.*
(3) Paul, 35 ad Ed., D., XXIII, 2, 16, 1 : *Voluntas et auctoritas avi sufficit.*
(4) Paul, 18 Resp., D., I, 5, 11 ; Pap., 4 Resp., D., XXIII, 2, 34 pr. ; Jul., ap. Paul, D., XXIII, 1, 7, 1 ; C., V, 4, 25, 1.

paraît soit dans les dispositions de la loi Julia qui autorisent l'intervention du magistrat en cas de refus du père, soit dans un rescrit de Sévère et Caracalla relatif au mariage d'une fille *sui juris* (1) : en cas de désaccord entre le tuteur et la mère et les proches parents sur le choix du mari, le gouverneur de la province statue. L'avis de la mère et des proches parents était donc à cette époque pris en considération au moins dans ce cas particulier, et il était requis dans une pensée de protection.

2° *Puberté.* — Comme dans l'ancien droit (I, 211), il faut que le mari soit pubère et la femme nubile. Le mari est réputé pubère lorsqu'il a été autorisé à revêtir la toge virile ; quant à la femme, la coutume s'est de bonne heure établie de la considérer comme nubile à l'âge de douze ans (2).

3° *Empêchements.* — Les empêchements à mariage sont absolus ou relatifs, suivant que les personnes auxquelles ils s'appliquent sont incapables de contracter un mariage valable d'après la loi romaine, ou seulement de se marier avec certaines personnes.

L'empêchement à mariage est absolu pour les esclaves (3), les pérégrins non dotés du *conubium* (I, 106, 3; 708). Les justes noces ne sont possibles qu'entre citoyens romains ou entre un citoyen romain et une pérégrine jouissant du *conubium* (4). Par exception, les soldats, citoyens romains, ne peuvent se marier pendant qu'ils sont sous les drapeaux (5).

(1) C. Just., V, 4, 1.

(2) Il ne semble pas que, pour les hommes, on ait fixé un âge uniforme. En pratique, la question n'avait guère d'intérêt : il n'était pas d'usage de se marier aussitôt après la puberté. Les lois caducaires ne frappent des peines du célibat que les majeurs de vingt-cinq ans. Bien autrement importante était la question de puberté en matière de tutelle : c'est là que Gaius (I, 106) signale une controverse entre Sabiniens et Proculiens. Cf. Collinet, *Nouv. Rev. hist.*, 1900, p. 366.

(3) L'union entre esclaves est un *contubernium* (Paul, II, 19, 6). Elle n'a pas de valeur juridique : on n'en tient compte qu'au point de vue des empêchements à mariage si l'enfant né de cette union devient libre, ainsi que son père ou sa mère.

(4) Nombreux exemples de concession du *conubium* aux femmes des vétérans. Cf. les diplômes militaires, *C. I. L.*, III, p. 1955.

(5) La question est controversée. L'existence d'un empêchement semble attestée par Dio Cass. (LX, 24) : Claude accorde aux soldats les *jura maritorum* parce qu'ils ne peuvent avoir des femmes conformément aux lois (caducaires). S. Sévère permet aux soldats mariés avant le service d'habiter avec leurs femmes (Herod., III, 8, 5). On a objecté : 1° que les documents juridiques ne font aucune allusion à cette incapacité des militaires. Mais cela tient à ce que, au Bas-Empire, les soldats ont été relevés de leur incapacité; 2° que les jurisconsultes classiques parlent du mariage des militaires (Paul, D., XXIII, 2, 65; Pap., 6 Resp., *eod.*, 35; XXIX, 1, 36, 2. Voir aussi les nombreuses inscriptions citées par Costa, I, 257). Ces textes supposent sans doute un mariage contracté avant l'entrée au service (Hadr., ap. Pap., D., XLIX, 17, 13 et 16 pr.; Gaius, 11 ad Ed. prov., D., XXIV, 1, 61); 3° que les textes précités prouvent seulement que les règlements militaires défendaient aux soldats d'habiter avec leurs femmes. Mais cette interprétation paraît difficile à admettre en présence d'un papyrus de Berlin (n° 114) : le préfet d'Egypte de l'an 117 refuse d'accueillir une

Les empêchements relatifs résultent de la parenté, ou de l'alliance, ou d'une disposition spéciale de la loi.

a) Le droit classique n'admit que dans une mesure restreinte les empêchements à mariage consacrés par les pontifes. Si, en ligne directe, le mariage est toujours prohibé à l'infini, en ligne collatérale il fut permis après le quatrième degré, puis après le troisième. Depuis Claude, on peut épouser la fille d'un frère, mais non la fille d'une sœur. La parenté résultant de l'adoption est un empêchement à mariage; elle subsiste en ligne directe, même après l'émancipation. A l'inverse, le droit classique a étendu les empêchements résultant de l'alliance à des personnes dont on n'est pas l'allié : la veuve d'un beau-fils, le mari d'une belle-fille prédécédée (1).

Quelle que soit la nature de l'empêchement, il a toujours pour sanction la nullité absolue du mariage; si l'empêchement vient à disparaître, le mariage devient valable sans rétroactivité (2). Il peut y avoir aussi une sanction pénale. Cette sanction ne consiste plus simplement en une peine religieuse : l'inceste est puni par la loi Julia *de adulteriis*. La peine ordinaire est, pour le mari, celle de la relégation dans une île et de la confiscation de la moitié des biens (3); quant à la femme, on se borne à confisquer sa dot. Telle est la règle en cas d'inobservation d'un empêchement en ligne directe (inceste du droit des gens). Pour un empêchement en ligne collatérale ou entre alliés (inceste du droit civil), la femme n'est pas punie, et le mari encourt une condamnation moins sévère si le mariage n'a pas été clandestin (4).

b) Les empêchements établis par les lois d'Auguste procèdent d'une pensée différente : Auguste voulait maintenir la pureté de la race dans l'ordre sénatorial, empêcher l'infusion du sang servile dans les veines de l'aristocratie. Confirmant l'ancienne coutume, il interdit aux sénateurs et à leurs descendants par les mâles jusqu'au troisième degré de contracter mariage avec des personnes de la classe des affranchis. Il n'osa étendre cette règle aux autres citoyens de naissance ingénue : il leva pour eux l'an-

demande en restitution de dépôt formulée par une femme contre un soldat. « Ce dépôt, dit-il, est une dot. Je ne donne pas un juge en pareil cas, car il n'est pas permis à un soldat de se marier. » Cf. SCIALOJA, *Bull. di d. R.*, VIII, 155; MEYER, *Z. Sav. St.*, XVIII, 44; VOIGT, *Rg.*, II, 534. Contra : COSTA, *Storia del d. R.*, I, 255; TASSISTRO, *Studi e doc.*, XXII, 1901.

(1) GAIUS, I, 59-62; ULP., V, 6.

(2) PAP., 4 Resp., D., XXIII, 1, 15.

(3) PAUL, 18 Resp., D., I, 5, 11.

(4) PAUL, II, 26, 15, *Collat.*, VI, 3, 3; PAP., 36 Quæst., D., XLVIII, 5, 38, 2-3; PAUL, D., XXIII, 2, 68.

tique défense. Exception fut faite pour les femmes notées d'infamie (1).

Sont prohibés par la loi le mariage de la femme adultère avec son complice (2); le mariage du tuteur ou de son fils avec son ex-pupille, du curateur et de la mineure de vingt-cinq ans placée sous sa curatelle : exception est faite pour le cas où le père de la jeune fille l'aurait fiancée ou destinée par testament à son tuteur ou curateur. Des mandats impériaux défendent aux fonctionnaires d'une province d'épouser une femme de cette province (3). Un rescrit de S. Sévère interdit à un affranchi d'épouser sa patronne ou la fille de son patron (4).

La sanction de ces empêchements est la nullité du mariage. Cette nullité est absolue (5); le législateur avait ici toute latitude pour donner à cette prohibition un effet radical : il ne s'agissait pas de retirer à un citoyen un droit fondé sur les Douze Tables, la loi décemvirale n'ayant pas eu à réglementer une institution qui était en dehors de la sphère du droit.

III. Preuve du mariage. — Sous la République, il existait un mode officiel de constatation des mariages : le censeur faisait prêter aux citoyens qui comparaissaient devant lui le serment *de uxoribus*. Il les invitait à déclarer s'ils avaient eu la volonté de prendre une épouse légitime (6). Sous l'Empire, il faut prouver, dans chaque cas particulier, l'existence de l'*affectio maritalis* qui distingue le mariage du concubinat. La preuve était facile lorsque le mariage avait été accompagné des cérémonies (*pompa nuptialis*) consacrées par l'usage, ou lorsqu'on avait rédigé un contrat (*instrumentum dotale*) (7).

IV. Le concubinat. — Le concubinat est une sorte d'union fondée sur une affection durable (8). Il diffère du mariage par l'intention qui a présidé à sa formation (9). Dans les idées romaines, le mariage implique la volonté de prendre femme suivant les usages de la cité (10), de faire participer cette femme à

(1) Paul, 1 ad l. Jul., D., XXIII, 2, 44 pr.; Ulp. XIII, 2; XVI, 2.
(2) Paul, 19 Resp., D., XLVIII, 5, 40 pr.
(3) Paul, D., XXIII, 2, 59; 60; 36; 65.
(4) C. V, 4, 3 (an. 196). Voir cep. Ulp., 34 ad Sab., D., XXIII, 2, 13.
(5) Paul, 35 ad Ed., D., XXIII, 2, 16 pr.; C. Just., V, 4, 28, 3.
(6) Gell., IV, 3 : *Uxoremne habes ex animi tui sententia.*
(7) Scæv., 9 Dig., D., XXIV, 1, 66 pr. : *Quæ plerumque et post contractum matrimonium fierent.*
(8) *C. I. L.*, III, 6399; VI, 4501; X, 2552.
(9) Paul, 19 Resp., D., XXV, 7, 4 : *Concubinam ex sola animi destinatione æstimari oportet.*
(10) Gell., IV, 3. L'*uxor justa* devait être déclarée au censeur. Sous l'Empire, le mariage doit avoir lieu *secundum leges* (*Vat. fr.*, 168).

la considération, au rang social du mari (1); il implique de plus, pour les enfants en puissance, le consentement du père de famille. Toutes les fois qu'une de ces conditions n'est pas réalisée, il ne peut y avoir mariage (2) : il y a concubinat (3).

Cette sorte d'union procède d'un sentiment de réaction contre une conception trop étroite du mariage. Son développement a été motivé par les restrictions arbitraires apportées par la loi à la liberté du mariage (4). Le concubinat n'implique pas un désordre de conduite; ce n'est pas une de ces unions passagères que la morale réprouve (5). Aussi, lorsque Auguste, pour rétablir la pureté des mœurs antiques et régénérer le mariage, a édicté des peines contre ceux qui entretenaient des relations contraires aux bonnes mœurs, a-t-il eu soin de spécifier que le concubinat ne tomberait pas sous le coup de la loi (6) à deux conditions : que la femme soit nubile; qu'il n'y ait aucun empêchement résultant de la parenté, des bonnes mœurs ou d'un mariage non encore dissous (7).

Auguste n'a pas été plus loin; il n'a attribué au concubinat aucun effet juridique. Il n'entrait pas dans ses vues de favoriser, au détriment du mariage, une union irrégulière; il lui suffit de la tolérer. On ne saurait donc admettre que le concubinat établisse un rapport entre l'enfant qui en est issu et son père. La paternité ne résulte pas, comme la maternité, d'un fait matériel facile à constater; elle ne peut être légalement prouvée que par une présomption, et cette présomption ne s'applique que si le

(1) Paul, *Vat. fr.*, 104 : *Mulierum dignitatem ex honore matrimonii et augeri et minui solere.*

(2) Exemples : il s'agit d'une femme qu'on ne peut épouser en raison d'une disposition arbitraire de la loi; ou bien c'est un soldat qui ne peut lui-même se marier pendant qu'il est sous les drapeaux.

(3) La question de savoir si une femme est épouse ou concubine s'apprécie d'après l'état social respectif des parties (Pap., 12 Resp., D., XXXIX, 5, 31 pr. : *Personis comparatis... perpendendum esse* ; Mod., 1 Reg., D., XXIII, 2, 24; Ulp., 22 ad Sab., D., XXXII, 49, 4 : *nisi dignitate, nihil interest*). L'union avec une femme de condition honorable fait présumer le mariage; cette présomption ne peut être écartée que par une déclaration devant témoins, sinon il y aurait *stuprum* (Marc., 12 Inst., D., XXV, 7, 3 pr. ; Paul, 14 Resp., D., XXXIV, 2, 35 pr.). La déclaration fait perdre à la femme son honorabilité. (Marcel., D., XXIII, 2, 41, 1.)

(4) Cujas et beaucoup d'auteurs après lui (Accarias, I, 248) ont présenté le concubinat comme un mariage d'ordre inférieur, un demi-mariage, et lui attribuent certains effets. Cette opinion, bonne pour le Bas-Empire, ne l'est pas pour l'époque classique. Cf. Labbé sur Ortolan, II, 695-700.

(5) Gide (*Condition de la femme*, 549) a confondu le concubinat avec le concubinage. Cette opinion n'a rencontré aucun crédit.

(6) Marcel., 7 Dig., D., XXV, 7, 3, 1 : *Quia concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis pœnam est.*

(7) Ulp., *eod.*, 1, 3-4; Scæv., D., XXIII, 2, 54; Ulp., *eod.*, 56; Paul, I, 20, 1.

père a eu la volonté d'avoir une *uxor justa* et de faire de ses enfants des héritiers siens.

L'enfant naturel est pour son père comme un étranger (I, 176, 1) : en droit, il n'existe entre eux aucun lien (1). Le père ne doit rien à son enfant naturel; le fils ne procure à son père aucun des avantages de la paternité (2). En fait, les mœurs suppléeront ici à la loi (3) : le père transmettra sa succession à son fils naturel en l'instituant héritier; il pourra même lui désigner un tuteur testamentaire en lui laissant une part de son patrimoine (4). La règle qui précède souffre une exception : Trajan a accordé aux enfants naturels des soldats un droit de succession contre leur père; il leur promet la *bonorum possessio unde cognati*. C'est l'un des privilèges des militaires (5).

Si les enfants naturels n'ont acquis aucun droit contre leur père, leur situation a été modifiée vis-à-vis de leur mère. Cette innovation est la conséquence, non pas des lois d'Auguste, mais des effets attachés à la parenté naturelle, à la cognation : aussi ne fait-on aucune distinction entre les enfants nés de père inconnu et ceux qui sont issus du concubinat. L'enfant naturel a droit à des aliments : il peut les réclamer à sa mère, et même au père de sa mère (p. 84, 3). Il a vocation à la succession *ab intestat* de sa mère : le Préteur lui accorde la *bonorum possessio unde cognati*.

V. Mariage entre pérégrins ou entre Romains et pérégrins. — 1° Le mariage entre pérégrins ne constitue pas des *justæ nuptiæ;* il ne faut pas en conclure qu'on le tient pour inexistant. Gaius donne à cette union le nom de *matrimonium*, à la femme le titre d'*uxor* (6). Le mariage entre pérégrins était régi par les lois et coutumes pérégrines (7) ; il était sans doute considéré par les

(1) On a objecté que la paternité naturelle forme un empêchement à mariage, est une juste cause d'affranchissement, permet de faire juger que l'enfant est un homme libre. Mais ce sont là des exceptions admises par respect pour les bonnes mœurs ou par faveur pour la liberté et qui n'ont rien de particulier à la paternité résultant du concubinat : elles s'appliquent également à la *cognatio servilis* (Paul, 35 ad Ed., D., XXIII, 2, 14, 2 ; Gaius, I, 39 ; Ulp., 54 ad Ed., D., XL, 12, 7 pr. ; 3 pr.). De même l'enfant naturel ne peut citer ses parents en justice : *Una est enim omnibus parentibus servanda reverentia* (Paul, 1 Sent., D., II, 4, 6).

(2) Cf. pour les *prœmia patrum* et l'excuse de tutelle, Ortolan, II, 691-693.

(3) Voir les nombreuses inscriptions dédiées par les parents naturels à leurs enfants et réciproquement, Costa, *Storia*, I, 265.

(4) Paul, 12 Resp., D., XXVIII, 6, 45 pr. ; Herm., D., XXVI, 3, 7 pr.

(5) Papyrus de Berlin, n° 140 ; Bruns, 381 ; Girard, *Textes*, 157.

(6) Gaius, I, 75, 66-78, 92 ; 29, 66-67.

(7) Gaius, I, 92. En Égypte, le mariage, pour être pleinement valable, devait être constaté par écrit et accompagné de conventions matrimoniales. Il existe aussi un mariage d'ordre inférieur appelé ἄγραφος γάμος : ce serait, suivant Mitteis (*Archiv f. Papyrusforschung*, 1900, I, 345), une sorte de mariage à l'essai, susceptible de se

Romains comme valable *jure gentium*. En cas d'adultère de la femme, le mari pouvait demander l'application de la loi Julia, sinon *jure mariti*, du moins *jure extranei* (1).

2° Les mariages entre Romains et pérégrins ne sont pas non plus des *justæ nuptiæ;* on leur donne pourtant le nom de *matrimonium* (2) et on leur a reconnu certains effets. *a*) Depuis Hadrien, le mariage d'une citoyenne romaine avec un pérégrin établit entre le père et l'enfant les rapports de paternité et de filiation ; bien que l'enfant soit pérégrin d'après la loi Minicia, il est pour son père *justus filius* (3). *b*) L'enfant né d'un citoyen romain et d'une pérégrine est pérégrin comme sa mère dont il porte le nom; il n'est pas sous la puissance de son père et n'a pas la qualité d'héritier sien ; on lui attribue cependant une part de l'hérédité paternelle, le surplus revenant au fisc. Antonin le Pieux permit au père de laisser par testament toute sa succession à ses enfants pérégrins (4). *c*) Le citoyen romain qui a épousé une pérégrine peut intenter contre elle l'accusation d'adultère *jure extranei;* il n'a même pas à redouter certaines exceptions qu'on opposerait efficacement à tout autre qu'à lui (5). *d*) Si un citoyen romain a épousé une pérégrine qu'il croyait romaine et qu'il prouve son erreur, sa femme et ses enfants deviendront citoyens romains. Décision analogue si une citoyenne romaine a, par erreur, épousé un pérégrin (6).

VI. Effets du mariage et de la « manus ». — Les effets du mariage doivent être envisagés soit dans les rapports des époux entre eux, soit dans les rapports des époux avec les enfants issus de leur union. Ces effets sont indépendants, dans le premier cas, de la *manus;* dans le second cas, de la puissance paternelle. C'est là une grave innovation ; elle est, quant aux rapports entre les époux, la conséquence de la défaveur dans laquelle est tombée la *manus*.

Des trois modes d'acquérir la *manus*, il en est un qui, au

convertir au bout d'un certain temps (un an?) en ἔγγραφος γάμος. Il faut peut-être rapporter à cet usage la décision de C. Just., V, 27, 10 et 11.

(1) Telle est la décision d'Ulpien (2 de adult., D., XLVIII, 5, 13, 4) pour une femme *quæ, quamvis uxoris animo haberetur, uxor tamen esse non potest.*

(2) Pap., 15 Resp., *Collat.*, IV, 5, 1 ; Gaius, I, 75.

(3) P. 71, 7. L'enfant porte le nom de sa mère : *C. I. L.*, XII, 1945; 2471.

(4) Pausan., VIII, 43, 5 (éd. Didot).

(5) Afr., ap. Ulp., 2 de adult., D., XLVIII, 5, 13, 1 : *Sive justa uxor fuit sive injusta... Hæc lex ad omnia matrimonia pertinet.* Pap., *loc. cit.*

(6) Gaius, I, 67-68, 73-75. C'est une question controversée que de savoir si l'on a étendu au mariage entre romains et pérégrins les règles sur la dot. L'affirmative paraît résulter de Cic., *Top.*, 4, 20 ; Marcel., ap. Ulp., 33 ad Ed., D., XLVIII, 20, 5, 1 ; Alex., C., V., 17, 1. Cf. Karlowa, II, 183. *Contra*, Bechmann, *Dotalrecht*, I, 83 ; II, 5, 175 ; Czyhlarz, *Dotalrecht*, 80.

temps de Gaius, est en désuétude (1) : l'*usus* (I, 174, 3); un autre, la *confarreatio* (I, 214), était si rarement employé (I, 221), qu'on avait dû, sous Tibère, en restreindre les effets pour assurer le recrutement des flamines de Jupiter qui devaient être issus d'un mariage *farreo* (I, 218, 1-2) (2). La *coemtio* reste le mode normal d'établir la *manus* (3). Mais tandis qu'autrefois le mariage *cum manu* était le plus usité (I, 173, 2), à l'époque classique, le mariage *sine manu* est devenu la règle, le mariage *cum manu* l'exception (4).

Examinons les effets du mariage abstraction faite de la *manus :* nous verrons ensuite ceux du mariage *cum manu.*

§ 1er. *Rapports des époux entre eux.* — Aucune loi n'a réglé d'une manière générale les rapports des époux entre eux. Dans l'ancien droit, la question n'avait guère d'intérêt pratique : la femme, qui, d'ordinaire, était mariée *cum manu*, était soumise à une puissance analogue à la puissance paternelle; quant à la femme mariée *sine manu*, la loi ne s'en était pas occupée : les rapports entre époux étaient plutôt des rapports de fait (I, 224). Cette abstention du législateur n'était pas sans avoir des inconvénients : on les a fait disparaître à mesure qu'on les a aperçus. La loi, la coutume, le Préteur ont attribué au mariage des effets spéciaux; la jurisprudence a suppléé au défaut d'une loi générale en déterminant la situation de la femme mariée *sine manu.*

Dès le VIe siècle, la loi Cincia, puis la loi Furia *testamentaria* citent les conjoints parmi les personnes exceptées de leurs dispositions (I, 558, 2; 552). La loi Pompeia qualifie *parricidium*

(1) La *manus* est mentionnée dans Pap., *Collat.*, IV, 7, 1; Ulp., XI, 13; XXVI, 7; Paul, *Vat. fr.*, 115; loi municipale de Salpensa, c. 22.

(2) Gaius (I, 111) attribue également aux *leges* la suppression du droit fondé sur l'*usus.* Il s'agit sans doute des lois d'Auguste tendant à favoriser le mariage.

(3) Une inscription du IIIe siècle (*C. I. L.*, VI, 2144) mentionne un flamine de Jupiter marié à une femme qui ne porte pas son nom : d'où l'on doit conclure qu'il n'avait pas sur elle la *manus.*

(4) La *coemtio* est également usitée comme acte dénaturé (I, 733) et *fiduciæ causa* dans trois cas : pour permettre à la femme de changer de tuteur, pour lui conférer la liberté de tester (I, 563, 2), pour la libérer d'un culte de famille. Cic., *p. Mur.*, 12, 27 : *Horum (juris peritorum) ingenio senes ad coemptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt.* D'après Savigny (*Verm. Schr*, I, 190), la femme, instituée héritière, faisait une *coemtio* fiduciaire avec un vieillard qui acquérait ses biens avec la charge du culte; mais par un pacte de fiducie, il s'engageait à restituer les biens à la femme après l'avoir affranchie et ne conservait que le culte, sans doute moyennant une indemnité d'autant plus faible qu'il était plus âgé. Karlowa (*Rg.*, II, 170) croit plutôt qu'il y avait ici une *coemtio matrimonii causa :* la femme se mariait avec un vieillard sans héritier et dont elle escomptait la mort prochaine. L'interprétation de Savigny nous paraît la meilleure : Cicéron signale une application de la *coemtio* contenue dans un nouveau formulaire; ce serait bien inutile s'il s'agissait de la *coemtio matrimonii causa.* Cf. Voigt, *Rg.*, I, 366, 36.

le meurtre d'un conjoint par son conjoint (1). La coutume interdit les donations entre époux. Le Préteur accorde aux conjoints un droit de succession réciproque (2). Par honneur pour le mariage, la jurisprudence a fait admettre qu'aucune action infamante ne peut être exercée entre époux (3). Elle autorise la femme à revendiquer la liberté de son mari, même contre le gré de celui-ci, lorsqu'il passe pour esclave (4). Le bénéfice de compétence, réservé au mari poursuivi en restitution de la dot, est étendu par Antonin le Pieux à toute action intentée par la femme contre le mari, puis accordé à titre de réciprocité à la femme citée en justice par le mari (5).

A côté de ces dispositions spéciales, la jurisprudence a formulé quelques règles générales. S'inspirant des lois d'Auguste, qui reconnaissent à la femme certains droits, et de l'opinion publique qui était favorable à son émancipation, elle considère le mariage comme un lien entre deux personnes ayant des droits égaux et des devoirs réciproques. C'est une conception nouvelle substituée à celle qui plaçait la femme dans un état d'infériorité, et la mettait sous la dépendance du chef de famille de son mari. De là, plusieurs conséquences :

1° La femme prend le rang social (6) et le domicile de son mari (7). Elle a le devoir d'habiter avec lui : si elle refuse de rentrer au domicile conjugal, le mariage est dissous (8) ; si elle est retenue par un tiers, même par son père, le mari peut la réclamer par l'interdit *de uxore exhibenda vel ducenda*. 2° La femme doit respect (*reverentia*) (9) et fidélité à son mari (*pudicitia*). Elle l'aide dans les soins du ménage (10). 3° Réciproquement, le mari doit fidélité à sa femme, et, s'il manque à ce devoir, il est déchu du droit de la poursuivre pour adultère. 4° Le mari doit pourvoir à l'entretien de la femme. S'il ne met

(1) Marc., 14 Inst., D., XLVIII, 9, 1.

(2) Un autre édit défend au mari qui cite sa femme en justice de refuser le fidéjusseur quel qu'il soit qui se présente *judicii sistendi causa* (D., II, 8, 2, 2).

(3) Sab., Proc., Jul., ap. Paul, 7 ad Sab., D., XXV, 2, 1 ; Gaius, *eod.*, 2.

(4) Ulp., 5 ad Ed., D., XL, 12, 3, 2.

(5) Ulp. VI, 8; Mod., 2 diff., D., XLII, 1, 20. Le mari ne peut, par convention matrimoniale, renoncer à ce bénéfice : c'est une clause contraire aux bonnes mœurs, *contra receptam reverentiam quæ maritis exhibenda est* (Pomp., ap. Ulp., 36 ad Sab., D., XXIV, 2, 14, 1; Proc., ap. Paul, 7 ad Sab., *eod.* 17, 1).

(6) Ulp., 62 ad Ed., D., I, 9, 1, 1 ; Diocl., C., V, 4, 10.

(7) Ant., Ver., ap. Papir., D., L, 1, 38, 3; Ulp., 34 ad Ed., D., V, 1, 65.

(8) Diocl., C., V, 17, 5. Il n'est pas nécessaire que le mari ait reçu le *libellus repudii* ou en ait eu connaissance (*Ibid.*, 6).

(9) Pomp., *l. c.*; Ulp., D., XLVIII, 5, 13, 5 ; cf. Theod., Val., C., V, 17, 8, 2.

(10) Pomp., 14 ad Sab., D., XXIV, 1, 31. La femme est *in officio mariti* (Herm., D., XXXVIII, 1, 48 pr.).

pas à sa disposition une somme en rapport avec l'importance de sa dot, la femme ou ses cognats peuvent demander l'intervention du magistrat compétent (1). 5° Si la femme n'a pas d'héritier et que son père soit insolvable, le mari doit payer les frais de ses obsèques, alors même qu'elle n'aurait pas été dotée (2). 6° Le mari doit protection à sa femme : il a le devoir d'agir en justice en son nom (3)

Les règles consacrées par la jurisprudence pour le mariage *sine manu* n'ont pas été sans influer sur le mariage *cum manu :* on a reconnu certains droits au mari *alieni juris*. Quelques-uns des attributs de la puissance paternelle lui ont été transférés : il a le droit de répudier sa femme; il a aussi un droit de préférence pour intenter l'accusation d'adultère (4). Aussi certains textes disent-ils que le mari a la *manus* même s'il est fils de famille, et qu'il la conserve après son émancipation (5). Mais cette *manus* ne produit que des effets restreints : c'est le père de famille du mari qui a sous sa puissance les enfants issus du mariage de son fils (6) ; c'est lui qui acquiert la dot, même si le mari a un *peculium castrense* (7).

Le mariage *cum manu* assure à la femme une situation favorisée quant aux droits de succession. Elle est *filiæ loco* pour son mari (I, 174, 7), *sororis loco* pour ses enfants : elle a donc vocation à l'hérédité de son mari au titre d'héritier sien (I, 287, 1), à la succession légitime de ses enfants à titre d'agnate.

§ 2. *Rapports des père et mère avec leurs enfants.* — Ces rapports sont indépendants de la puissance paternelle; ils résultent exclusivement de la filiation légitime. Parmi les droits que la filiation fait naître, les uns existent au profit des père et mère à l'égard de leurs enfants, les autres sont réciproques.

Les père et mère ont droit : 1° au respect et à la déférence de la part de leurs enfants. Comme sanction, ils ont le droit de correction (8), mais, dans les cas graves, ils doivent s'adresser au préfet de la ville ou au gouverneur qui prendra les mesures né-

(1) Ulp., 33 ad Ed., D., XXIV, 3, 22, 8; Cf. Pap., ap. Ulp., 32 ad Sab., D., XXIV, 1, 22, 1 : *Non enim donat qui necessariis oneribus succurrit.*

(2) Pomp., 15 ad Sab., D., XI, 7, 18.

(3) Paul, 50 ad Ed., D., XLVII, 10, 2 : *Quia defendi uxores a viris, non viros ab uxore æquum est.*

(4) Ulp., 1 de adult., D., XLVIII, 5, 16; 8 disp. *eod.*, 2, 8.

(5) Gaius, I, 148 : *Nurus quæ in manu filii est;* III, 3; 41 ; Ulp., XXII, 14.

(6) Ulp., de adult., D., XLVIII, 5, 21; Gaius, 1 Inst., D., I, 7, 28.

(7) Jul., 8, 18 Dig., D., X, 2, 51 pr.; XXXV, 2, 85; Marcel., D., XXIV, 3, 38; Pap., 19 Resp., D., XLIX, 17, 16 pr.

(8) Ulp., 66 ad Ed., D., XXXVII, 15, 9; 1 Op. *eod.*, 1, 2; Tryph., 17 disp. *eod.*, 10; Quintil., XI, 1, 62. — Saturn., de pœn., D., XLVIII, 19, 16, 2.

cessaires (1). 2° Aux termes de l'Edit, ils ne peuvent être cités en justice sans la permission du magistrat (2). 3° Ils jouissent du bénéfice de compétence (3). 4° Ils peuvent nommer à leur enfant impubère un tuteur testamentaire : ce tuteur sera confirmé par le magistrat sans enquête s'il a été désigné par le père, après enquête s'il l'a été par la mère (p. 53, 7).

Les droits réciproques entre les père et mère d'une part et les enfants de l'autre ont pour objet : 1° des aliments en cas de besoin; 2° le payement de la rançon du captif (4) ; 3° un droit de succession privilégiée (5) ; 4° l'exclusion des actions infamantes (6) et des accusations criminelles (7) ; 5° la défense de témoigner en justice l'un contre l'autre (8).

Plus étendus sont les droits réciproques des enfants et de leur mère mariée *sine manu*. Anciennement, la mère était, vis-à-vis de ses enfants, comme une étrangère ; elle n'appartenait pas à la même maison et, par suite, il n'existait entre eux aucun droit de succession. Le Préteur a comblé cette lacune en leur accordant la *bonorum possessio unde cognati*. Au IIe siècle, les Sc. Tertullien et Orfitien leur ont attribué, sous certaines conditions, un droit de succession d'un rang supérieur.

VII. DISSOLUTION DU MARIAGE. — § 1er. Le mariage se dissout par le prédécès de l'un des époux ou par le divorce (I, 225). Fort rare pendant plusieurs siècles, le divorce est très commun à la fin de la République : la licence des mœurs a rendu le lien conjugal très fragile. La coutume a consacré trois innovations : 1° la répudiation peut émaner de la femme aussi bien que du mari ; 2° le divorce peut avoir lieu par consentement mutuel (*bona gratia*), mais pour des causes déterminées (9) ; 3° ce qui est plus grave, c'est que la répudiation peut être faite sans cause,

(1) ULP., *l. c.*, 1, 2 ; D., I, 16, 9, 3 : *Comminari et terrere filium.*

(2) D., II, 4, 1, 1. Cet édit est antérieur à Cicéron (SERV., ap. ULP., *eod.*, 4, 3).

(3) ULP., 11, 63 ad Ed., D., XXXVII, 15, 7, 1 ; XLII, 1, 16.

(4) PAUL, 7 ad Sab., D., XXIV, 3, 20 ; DIOCL., C., VIII, 50, 17.

(5) Tel est le *jus antiquum* concédé par les lois caducaires.

(6) ULP., 10 ad Ed., D., XXXVII, 15, 5, 1. Julien (14 Dig., *eod.*, 2 pr,) étend cette règle au cas où les parents ont constitué un *procurator : licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiæ notam.*

(7) Dans ce cas comme dans le précédent, la poursuite ou l'action est modifiée en la forme (MACER., 2 de pub. jud., D., XLVIII, 2, 11, 1 ; ULP., D., IV, 3, 11, 1).

(8) PAUL, V, 15, 3 ; DIOCL., C., V, 20, 6.

(9) HERM., 2 *jur. ep.*, D., XXIV, 1, 60, 1 ; 62 pr. ; GAIUS, 11 ad Ed., 61 : ... *propter sacerdotium vel etiam sterilitatem vel senectutem aut valetudinem aut militiam.* Cf. PLAUT., *Mil. glor.*, IV, 3, 31. Le divorce *bona gratia* n'entraîne aucune sanction pécuniaire pour les conjoints : *Unusquisque suum jus habeat imminutum* (JUL., 62 Dig., D., XXIV, 2, 6).

sans qu'il y ait une faute imputable à l'un des époux (1). Innovation dangereuse qui méconnaît le but du mariage et compromet cette institution. Pourtant les Romains l'ont admise sans atténuation; toute restriction à la liberté de divorcer est nulle; on ne peut ni renoncer à ce droit, ni stipuler une peine contre celui qui en ferait usage (2). La loi Julia *de adulteriis* s'est bornée à prescrire des mesures pour faciliter la preuve de la répudiation unilatérale : elle exige, à peine de nullité, une déclaration verbale devant sept témoins (3). Il était d'usage de notifier cette déclaration au conjoint répudié soit en personne (I, 226, 2), soit par un affranchi (4).

Le droit de répudiation ne put d'abord être exercé que par la femme *sui juris*. On l'a admis ensuite au profit de la femme mariée *cum manu :* au temps de Gaius, elle peut forcer son mari à la libérer de la *manus* (I, 229, 1). Le droit de répudiation doit être exercé par la femme en personne : si elle est en état de démence, ce n'est pas son curateur mais son père qui est autorisé à répudier (5).

Lorsque la femme est *alieni juris* et mariée *sine manu*, le droit de répudiation appartient également à son père qui conserva longtemps le droit de dissoudre à son gré le mariage, même contre la volonté de sa fille. C'était excessif : Antonin le Pieux invita les magistrats à intervenir pour persuader au père de ne pas abuser de son droit (6). Dioclétien prit une mesure plus radicale : il accorda au mari un interdit *de uxore exhibenda* pour faire rentrer sa femme dans la maison conjugale (7).

§ 2. De nouvelles causes de dissolution du mariage ont été admises par le droit classique : 1° la captivité de l'un des époux (I, 573, 1) ; 2° la perte du droit de cité, à moins que l'autre con-

(1) Cic., *ad fam.*, VIII, 7, 2. La loi Julia de *marit. ord.* a fait une exception pour l'affranchie mariée à son patron ; il lui est défendu de le répudier (p. 144, 6). Cette défense a été levée plus tard en faveur de la femme affranchie par fidéicommis (Mod., 1 Reg., D., XXIV, 2, 10).

(2) Alex., C., VIII, 38, 2 : *Libera matrimonia esse antiquitus placuit.*

(3) Ulp., 47 ad Ed., D., XXXVIII, 11, 1, 1 : *Nisi certo modo divortium factum sit* (*lex*), *pro infecto habet.* Paul, 2 de adult., D., XXIV, 2, 9. L'affranchi du déclarant ne peut figurer comme témoin. Au temps de Cicéron, on discutait la question de savoir si la répudiation devait avoir lieu en termes solennels, ou si elle résultait du fait que le mari avait contracté un second mariage (Cic., *de or.*, I, 40). L'Édit déclara infâme celui qui *binas nuptias in eodem tempore constitutas habet* (D., III, 2, 1).

(4) Gaius, D. XXIV, 2, 3; Juv., VI, 146. Cf. sur le *divortii libellus*, Pap., D., XXIV, 2, 9.

(5) Gaius, I, 137[a]; Jul., ap. Ulp., 26 ad Sab., D., XXIV, 2, 4; Ulp., D., XXIV, 3, 11, 9.

(6) Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 30, 1, 5.

(7) C., V, 4, 11 ; V, 17, 5 ; Herm., 6 *jur. ep.*, D., XLIII, 30, 2.

joint ne consente au maintien du mariage; 3° l'adoption de l'un des époux par le père de l'autre (1) : la parenté qui en résulte empêche le mariage de subsister.

§ 3. La fréquence des divorces a déterminé le législateur à prendre des mesures dans l'intérêt des enfants conçus au moment de la dissolution du mariage. On avait à redouter soit la supposition, soit la suppression de part. Le Sc. Plancien appliqua la peine du faux à la femme qui simule une grossesse pour imposer au mari la charge d'un enfant qui n'est pas issu du mariage. Par dérogation au droit commun, le droit d'accusation, au lieu d'appartenir à tout citoyen, est réservé aux intéressés (2). Marc-Aurèle et Verus autorisent le mari à requérir l'intervention du magistrat pour faire constater la grossesse de sa femme et empêcher la suppression de l'enfant lors de sa naissance (3).

VIII. Rapports des époux quant aux biens. — L'ancien droit n'avait pas réglementé l'association conjugale quant aux biens. De deux choses l'une : ou le mariage était *cum manu,* et les biens de la femme entraient dans le patrimoine du mari ; ou il était *sine manu*, et la règle était la séparation de biens : seuls les biens apportés en dot devenaient la propriété du mari ; les autres formaient les paraphernaux. A défaut de loi, les rapports des époux étaient régis par les conventions matrimoniales.

Ces conventions avaient pour objet : 1° de fixer le montant de

(1) Marcel., ap. Ulp., 33 ad Ed., D., XLVIII, 20, 5, 1 ; Ulp., 32 ad Sab., D., XXIV, 1, 13, 1 ; Alex., C., V, 17, 1. — Tryph., 9 Disp., D. XXIII, 2, 67, 3.

(2) Ulp., 34 ad Ed., D., XXV, 3, 1 pr. ; Mod., 12 Pand., D., XLVIII, 10, 31, 1. Au temps de Plaute, la supposition de part donnait lieu seulement à une action au quadruple avec *manus injectio* (*Truc.*, IV, 2, 49). Cf. pour le règne de Tibère, Tac., *Ann.*, III, 22.

(3) Ap. Ulp., *eod.*, D., XXV, 4, 1 pr. et 1, 1. Ces mesures ont paru suffisantes. La législation impériale, favorable aux seconds et subséquents mariages, n'a pas voulu mettre d'entraves à leur conclusion : le mari divorcé doit se remarier sans délai s'il a lieu de craindre l'application des peines contre les *cœlibes*. La femme a obtenu de la loi Papia un délai de dix-huit mois en cas de divorce, de deux ans en cas de prédécès du mari (Ulp., XIV, 1). On ne s'est pas préoccupé de prévenir l'incertitude qui pourrait exister sur la filiation de l'enfant lorsque la mère se remarie aussitôt après le divorce. Pourtant l'idée d'empêcher la confusion de part apparaît à l'époque classique (Ulp., 6 ad Ed., D., III, 2, 11, 1.), mais elle n'a été appliquée qu'à la dissolution du mariage par le prédécès du mari. Déjà, dans l'ancien droit, la veuve devait porter le deuil de son mari pendant dix mois et ne pouvait se remarier dans ce délai (I, 225, 5). Cette règle, consacrée par la loi religieuse, serait devenue illusoire si le Préteur n'avait inscrit dans le catalogue des infâmes la veuve *quæ virum... uti moris est, non eluxerit* (*Vat. fr.*, 320. Cf. Lenel, *E. P.*, I, 103). C'est ce qui permit à la jurisprudence de rattacher cette disposition à une idée nouvelle, celle de la confusion de part : l'empêchement au mariage fut maintenu dans le cas où la femme n'avait pas à porter le deuil du mari (Ner., ap. Ulp., *eod.*, 11, 3. Voir notre article funus, *Dict. des Antiq.*, IV, 1401); il fut levé dans le cas d'accouchement avant l'expiration du délai de viduité (Pomp., ap. Ulp., *eod.*, 11, 2). Il peut aussi être levé par rescrit du prince (Paul, 2 ad Ed., *eod.,* 10 pr.).

la dot, les conditions du payement (1), les droits du mari (2), les clauses relatives à la restitution (3) ; 2° de déterminer les droits respectifs du mari et de la femme sur les paraphernaux ; 3° d'imposer au mari certaines obligations au profit de la femme, par exemple de lui payer chaque année une somme d'argent pour son entretien (4). L'usage de ces conventions a persisté à l'époque classique : elles ont conservé toute leur valeur pour les paraphernaux; on put s'en dispenser pour les biens dotaux depuis l'établissement du régime dotal, mais le plus souvent on faisait un pacte dotal.

§ 1er. *Les paraphernaux.* — Dans le mariage *sine manu,* la séparation de biens est le régime du droit commun. La femme se réserve la propriété d'une partie de ses biens (*bona recepticia*, *parapherna*, *peculium*) (5), le surplus devant former la dot. Les paraphernaux sont administrés par la femme, à moins qu'elle n'en confie la garde à son mari. Il est d'usage de dresser un inventaire (*rerum libellus*) des paraphernaux et de le faire signer par le mari. Cet acte servira de preuve en cas de dissolution du mariage. Quant aux biens acquis par la femme durant le mariage, et dont elle ne peut indiquer la provenance, ils sont présumés donnés par son mari ou par ses enfants. Cette présomption, proposée par Q. Mucius, évite des recherches indiscrètes (6).

La séparation de biens qui existe entre époux mariés *sine manu* entraîne une double conséquence : 1° les époux peuvent conclure entre eux un acte juridique : prêt, vente, donation en tant qu'elle ne rentre pas dans la classe des actes prohibés entre époux (7) ; 2° l'un des conjoints peut exercer contre l'autre une action *rei persecutoria* (8) ou même l'action de la loi Aquilia (9).

La séparation des biens paraphernaux et des biens dotaux

(1) Juv., II, 119; Marcel., ap. Ulp., 31 ad Sab., D., XXIII, 4, 4; Scæv., 3 Resp., D., XXXIII, 4, 12; Pap., 12 Resp., D., XXXVIII, 16, 16; Jul., ap. Afr., 8 Quæst., D., XXIII, 5, 11. — Jav., 6 ex post. D., XXIII, 4, 32, 1 ; Cels., 1 Dig., D., II, 14, 33; ap. Pomp., 26 ad Sab., D., XXIII, 4, 10.

(2) Fr. Sinaï, 5 : *Si specialiter scriptum sit in dotali instrumento non licere viro pignerare provincialia prædia...*

(3) Paul, 6 Quæst., D., XXIV, 3, 45; Callistr., 2 Quæst., *eod.*, 48.

(4) Jul., D., XXIII, 4, 22 ; Scæv., D., XVII, 1, 60, 3 ; XV, 3, 20 pr., 21.

(5) Gell., XVII, 6, 6. Ulp., 31 ad Sab., D., XXIII, 3, 9, 3 : *Quæ Græci παράφερνα dicunt, quæque Galli peculium appellant.*

(6) Ap. Pomp., 5 ad Q. Muc., D., XXIV, 1, 51; Sev., C., V, 16, 6.

(7) Cato, ap. Gell., XVII, 6, 1; Cic., *p. Cæc.*, 4, 11; Treb., ap. Pomp., 24 ad Q. Muc., D., XLI, 6, 3; Ulp., 32 ad Sab., D., XXIV, 1, 15 pr.

(8) Paul, 2 Sent., D., IX, 2, 56; Ulp., 18 ad Ed. *eod.*, 27, 30. L'action *furti* est exclue entre époux (Ulp., 34 ad Ed., D., XXV, 2, 15, 1). Il en est de même des actions pénales (Diocl., C., V, 21, 2).

(9) Arist., ap. Paul, 7 ad Sab., D., XXIV, 3, 6, 5; Jul., 19 Dig., *eod.*, 22, 1; Ulp., 5 Reg. *eod.*, 24 ; Marc., 3 Reg. *eod.*, 25.

peut être écartée par une convention spéciale : comme dans le mariage *cum manu*, la femme peut transférer au mari la propriété de ses biens présents et à venir; à la dissolution du mariage, elle réclamera les paraphernaux par une *condictio* (1). On trouve enfin des exemples d'une communauté de biens entre époux, établie sous la forme d'une *societas omnium bonorum* (2).

§ 2. *Le régime dotal.* — Le régime dotal date d'Auguste : c'est du moins à cette époque que la loi a posé des règles tendant à la conservation et à la restitution de la dot. Mais depuis longtemps, la pratique avait devancé la loi : l'usage faisait un devoir au mari de fournir à la femme répudiée des moyens d'existence en lui remettant une portion plus ou moins forte des biens qu'il avait acquis de son chef (*rei uxoriæ*). De plus, comme les tribunaux domestiques avaient perdu toute autorité, ce devoir était sanctionné par une action civile ou donnait lieu à un simple *arbitrium,* suivant que la femme, ou celui qui avait constitué la dot, avait eu ou non la précaution de faire une *stipulatio rei uxoriæ* (3).

Les lois d'Auguste transformèrent le devoir de restituer en une obligation proprement dite ; l'*arbitrium rei uxoriæ* devint une action civile, l'action *rei uxoriæ.* On considéra qu'il était d'intérêt public de sauvegarder la dot des femmes pour qu'il leur fût plus facile de se remarier (4). Mais l'obligation imposée au mari fut limitée dans son étendue : au lieu de s'en remettre à l'arbitraire du juge qui fixait à son gré la somme que le mari

(1) Marc., Sev., Carac., ap. Ulp., D., XXIII, 3, 9, 3.

(2) Scæv., 18 Dig., D., XXXIV, 1, 16, 3. Cf. Martial, IV, 75.

(3) T. Ier, p. 494-496. Dans un cas cependant, lorsque la répudiation était motivée par une faute de la femme, l'*arbitrium rei uxoriæ* parut insuffisant : on organisa une *publica coercitio* (Paul, 7 ad Sab., D., XXIII, 4, 5 pr.). Le mari fut autorisé à demander un juge pour faire statuer sur la culpabilité de la femme et pour lui infliger une peine consistant dans la privation totale ou partielle de sa dot (Plin., *H. n.*, XIV, 13, 14; Val. Max., VIII, 2, 3). Ce *judicium de moribus mulieris* qui existait dès le VIIe siècle de Rome (Paul, 7 ad Sab., D., XXIV, 3, 15, 1; Gell., X, 23), était une action pénale, intransmissible activement et passivement. Il imposait à la femme l'obligation de fournir la caution *judicatum solvi* (Gaius, IV, 102); en cas de condamnation, il portait atteinte à son honorabilité (Gell., X, 23). Le mari avait intérêt à faire constater sans retard la faute de la femme sans attendre que celle-ci fût disposée à recourir à l'*arbitrium*. Il eût été peu convenable de laisser le mari à la discrétion de la femme coupable, et il valait mieux à tous égards régler immédiatement la situation respective des époux quant à la dot. Lorsque la loi Julia *de adulteriis* eut établi une procédure criminelle contre la femme adultère, le mari dut opter entre cette procédure et l'action *de moribus.* Il ne pouvait se désister de la première pour s'en tenir à la seconde qui, désormais, eut plutôt pour objet *lucrum ex dote* que *coercitio morum* (Pap., de adult., D., XLVIII, 5, 11, 3). Le juge de l'action de *moribus* devait d'ailleurs se conformer aux règles établies par la loi pour les rétentions dotales dans l'action *rei uxoriæ* (Paul, D., XXIV, 3, 15, 1).

(4) Paul, 60 ad Ed., XXIII, 3, 2 : *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere propter quas nubere possunt.* Voir t. I, p. 496, 4-5; 497, 1.

devait payer à la femme, la loi détermina soit les causes en raison desquelles le juge pourrait autoriser des retenues sur la dot, soit la quotité de ces retenues (I, 500, 5; 501, 1), en distinguant suivant que le divorce avait lieu par la faute du mari ou de la femme (1).

La loi ne s'est pas contentée d'obliger le mari à restituer la dot, elle a voulu garantir l'exécution de cette obligation. La créance de la femme fut classée parmi les créances privilégiées : en cas d'insolvabilité du mari, la femme fut payée avant les créanciers chirographaires (2). En cas de confiscation du patrimoine du mari, on ne put toucher à la dot (3). La femme pouvait aussi obtenir du Préteur, sur les biens de son mari prédécédé, un envoi en possession *dotis servandæ causa* (4).

§ 3. *Caractère de la dot.* — Dans l'ancien droit, la dot était une donation faite en vue du mariage (I, 229) : elle procurait un enrichissement au mari, puisqu'elle entrait définitivement dans son patrimoine (I, 230, 2). En droit classique, la dot a changé de caractère; dans la plupart des cas, ce n'est plus une donation (5), mais un apport, fait au nom de la femme pour aider le mari à supporter les charges du ménage (6), et qui doit être restitué à la dissolution du mariage. Tel est le cas : 1° de la *dot profectice*, constituée par le père de la femme, et qui est ainsi nommée, parce qu'en général elle doit retourner à son point de départ (*eo reversura unde profecta est*) ; 2° de la *dot adventice,* constituée par la femme ou par un tiers, et qui est restituable en cas de prédécès du mari; 3° de la *dot réceptice*, constituée par

(1) Ulp., VI, 10, 13. Les lois d'Auguste ont consacré et peut-être complété une pratique antérieure. La retenue *propter liberos* est connue de Cicéron, ainsi que la règle qui la refuse au mari si le divorce a lieu par sa faute (*Top.*, 4, 19). La retenue *propter mores* était visée dans la loi Julia *de adulteriis :* cela paraît résulter de Scæv. (19 Quæst., D., XXIV, 3, 47), qui invoque l'esprit de la loi pour refuser au mari, coupable de *lenocinium*, le droit d'intenter l'accusation d'adultère. Il semble donc que la même loi réglait la retenue *propter mores* et l'accusation d'adultère.

(2) Ulp., 33 ad Ed., D., XXIV, 3, 22, 15. Ce privilège fut étendu par la jurisprudence au cas de mariage manqué et de mariage putatif; il fut également accordé à la fiancée : *Interest enim reipublicæ et hanc solidum consequi* (Paul, 60 ad Ed., D., XLII, 5, 18 ; Ulp., 63 ad Ed. *eod.*, 17, 1 et 19 pr.). Le privilège de la femme ne peut être invoqué par ses héritiers.

(3) Dio Cass., XLIII, 50; XLVII, 14; XLVIII, 8. Édit du préfet d'Égypte de l'an 68 (*C. I. Gr.*, III, 4957. Voir cep. Paul, V, 12, 10). Il en était autrement sous la République : Sylla confisqua la dot de la femme de J. César avec le reste du patrimoine (Suet., *Cæs.*, 1).

(4) Marcel., Resp., D., XLVI, 3, 48; Peg., ap. Ulp., D., VI, 1, 9.

(5) Jul., 73 Dig., D., XLIV, 7, 19 : *Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse, sed quodammodo creditor aut emptor intellegitur qui dotem petit.*

(6) Marc., ad form. hyp., D., XX, 6, 8, 13. Est nulle la promesse d'une dot payable après le mariage (Aristo, Nerat., Pomp., ap. Paul, D., XXIII, 3, 20).

un tiers qui en stipule la restitution à son profit (I, 501, 2) (1). Il en est autrement lorsque la dot a été constituée par un tiers en vue de gratifier le mari : ici, la dot est pour le mari une libéralité (2).

Si la dot n'est plus une donation à l'égard du mari, il n'en est pas de même à l'égard de la femme. Cela n'est pas douteux, soit dans le cas où un tiers remet *animo donandi* certains biens à la femme pour qu'ils lui servent de dot, soit lorsqu'il les remet directement au mari et permet à la femme d'en stipuler la restitution. La solution paraît devoir être la même si la femme n'a pas stipulé la restitution (3).

§ 4. *Constitution de dot.* — La dot est ordinairement constituée avant le mariage ; mais, pour faciliter les constitutions de dot, on les a permises durant le mariage (4).

1° *Objet de la dot.* — La dot peut avoir pour objet toute chose corporelle ou incorporelle (5), même un patrimoine (6). Très souvent on estime les objets apportés en dot (7). En général, cette estimation vaut vente (8) : le mari est censé avoir acheté la chose pour le montant de l'estimation; la dot a dès lors pour objet le prix de la vente (9). Parfois cependant l'estima-

(1) Ulp., VI, 35; 31 ad Sab., D., XXIII, 3, 5 pr. : *Quæ a patre vel parente profecta est de bonis vel facto ejus.* La distinction de la dot adventice et de la dot profectice était admise au temps de Cicéron (Serv., ap. Lab., D., XXIII, 3, 79 pr.).

(2) Le constituant jouit du bénéfice de compétence, accordé par Antonin le Pieux à ceux *qui ex liberalitate conveniuntur* (Ulp., 6 ad Sab., D., XXIII, 3, 33). On a invoqué en sens contraire Lab., *eod.*, 84 et Paul, D., XLII, 1, 41 pr., mais ces textes supposent que le constituant a entendu gratifier la femme et non le mari.

(3) Ulp., 3 Disp., D., XXIII, 3, 43, 1 : *Nisi forte sic accepto tulit, ut velit mulieri in totum donatum.* Karlowa, II, 198.

(4) La règle est admise au IIIe siècle (Paul, *Vat. fr.*, 110).

(5) Ulp., 11 Disp., D., XXIII, 3, 78, 2.

(6) Règle admise au IIIe siècle (Paul, *Vat. fr.*, 115; Alex., C., V, 12, 4). Le mari ne devient pas ici l'ayant cause universel du constituant qui reste tenu envers les créanciers, mais le mari devra lui fournir de quoi les payer (Paul, D., XXIII, 3, 72 pr.).

(7) Cet usage existait au temps de Labéon (ap. Jav., D., XXIII, 4, 32 pr.) et de Mela (ap. Paul, 35 ad Ed., *eod.*, 12, 3).

(8) Ulp., 34 ad Sab., D., XXIII, 3, 10, 5.

(9) Alex., C., V, 12, 5. L'analogie avec la vente se manifeste : 1° Quant aux risques : ils sont à la charge du mari dès que l'estimation est parfaite, c'est-à-dire dès le jour du mariage (Ulp., *eod.*, 10 pr., 1, 4 ; Marcel., Scæv., ap. Ulp., 12, 1 ; Lab., ap. Pomp., *eod.*, 18) ; 2° Quant à l'usucapion : si l'on a donné en dot la chose d'autrui, le mari l'usucape *pro emtore* et non *pro dote* (Arg. Paul., 54 ad Ed., D., XLI, 9, 2 ; *Vat. fr.*, 111) ; 3° Quant à l'éviction : le mari a contre le constituant soit l'action née de la stipulation du double, soit l'action *ex empto* (Ulp., *h. t.*, 16) ; 4° Quant au droit de disposer de la chose : il n'est pas limité par la loi Julia (Alex., C., III, 33, 6). — L'analogie n'est pas complète : *non simplex venditio sed dotis causa.* L'estimation est nulle si elle est trop forte ou trop faible : la spéculation n'est pas permise comme dans la vente (Pomp., 6, 2), mais le mari peut offrir la *justa æstimatio* (Ulp., 12, 1).

tion est faite *taxationis causa* : elle a pour but de fixer la somme que le mari devra payer si la chose périt par sa faute (1) ; on évite ainsi les difficultés d'évaluation d'une chose qui n'existe plus. Mais, tant que la chose subsiste, elle reste dotale : donc, si elle est immobilière, elle est inaliénable sans le consentement de la femme ; le mari n'a droit qu'aux produits qui ont le caractère de fruits (2). A la dissolution du mariage, c'est cette chose, et non sa valeur, qui devra être restituée.

On peut combiner ces deux modes d'estimation et convenir que les biens dotaux existant à la dissolution du mariage, seront rendus en nature, les autres en argent d'après le montant de l'estimation. Le mari est ici responsable de la perte fortuite ; mais il profite des accessoires de la chose, même de ceux qui n'ont pas le caractère de fruits (3). Dans le doute sur la portée de l'estimation, on doit présumer qu'elle vaut vente (4).

2° *Modes de constitution*. — La dot se constitue entre vifs (5) de trois manières : par voie de dation, de *dictio*, de promesse. Dans tous les cas, elle est subordonnée à la condition expresse ou tacite que le mariage aura lieu (6).

La constitution par voie de promesse a lieu en la forme ordinaire de la stipulation. La *dotis dictio* a été expliquée t. I[er], 231-233. Ces deux modes de constitution de dot diffèrent du troisième en ce qu'ils ne sont parfaits que par l'exécution de la promesse (*numeratio dotis*). Lorsque la promesse de dot avait pour objet des quantités, une loi antérieure à Scipion l'Africain accordait au constituant la faculté de se libérer en trois annuités (*annua, bima, trima die*) (7).

La constitution par voie de dation comprend, non seulement le transfert d'un droit de propriété ou l'établissement d'un droit réel, mais toute aliénation faite à cause de dot, autrement qu'en exécution d'un engagement antérieur : une remise de dette, la

(1) Pap., 4 Resp., D., XXIII, 3, 69, 7 : *Cum res in dotem æstimatas soluto matrimonio reddi placuit, summa declaratur, non venditio contrahitur.* Cf. Lab., ap. Jav., 6 ex Post., D., XXIII, 4, 32 pr. ; Diocl., C., V, 12, 21.

(2) Sev., Car., C., V, 18, 1.

(3) Scæv., 2 Resp., D., XXIV, 3, 50. Cf. Pellat, *Textes sur la dot*, 123 ; Demangeat, *De la condition du fonds dotal*, 50.

(4) Alex., C., V, 12, 5.

(5) La dot pouvait être constituée à cause de mort par un legs *per vindicationem*. Toutefois, les textes ne parlent que d'une constitution indirecte résultant d'un legs *per damnationem* ; ici la dot n'existe qu'après l'exécution du legs par l'héritier (Pap., 17 Quæst., D., XXXV, 1, 71, 3. Cf. Gaius, 2 ad Ed. præt., D., XXX, 69, 2; Proc., Jul., *h. t.*, 48, 1).

(6) Ulp., VI, 1 ; 35 ad Sab., D., XXIII, 3, 21 et 23.

(7) Polyb., XXXII, 13, 5 : Κατὰ τοὺς Ῥωμαίων νόμους. Suivant une ancienne coutume, la *suppellex* devait être fournie dès la première année (εἰς δέκα μῆνας).

renonciation à une servitude (1). Le constituant n'est pas tenu à la garantie de l'éviction, sauf dans trois cas : 1° lorsqu'il s'y est obligé (2) ; 2° lorsque la dot a été estimée *venditionis causa;* 3° en cas de dol (3).

3° *Pactes dotaux.* — La constitution de dot est ordinairement accompagnée de conventions particulières (*pacta dotalia*). Les Romains n'ont pas admis la liberté des conventions matrimoniales. Pour être valables, elles ne doivent contenir rien de contraire au régime dotal (4), ni au but que la dot sert à réaliser. On ne peut, par exemple, reculer le terme fixé par la loi pour la restitution des quantités comprises dans la dot (5), ni convenir que le mari rendra tout le profit qu'il retirera de la dot durant le mariage, car il ne lui resterait plus rien pour supporter les charges du ménage (6). Par une exception, conforme à l'esprit de la loi Julia, on peut augmenter la quotité fixée par la loi pour la rétention *propter liberos*, en cas de prédécès de la femme ou de divorce : c'est un nouvel encouragement à la procréation des enfants (7).

Les pactes dotaux interviennent parfois après le mariage ; ils sont alors soumis à une nouvelle restriction : ils ne peuvent ni enlever à la femme, ni même amoindrir, sans son consentement, le droit qu'elle a acquis sur la dot. Cette règle s'applique, que le constituant soit le père de la femme ou un tiers (8).

§ 5. *Droits du mari sur la dot.* — Le mari est propriétaire de la dot (9). Il peut exercer toutes les actions qui protègent la

(1) Ulp., 3 Disp., 43. Ces actes ne constituant ni une promesse de dot ni une *dotis dictio*, doivent rentrer dans la *dotis datio*. Ce n'est d'ailleurs qu'une question de classification. Bechmann et Czyhlarz pensent que la division d'Ulpien ne s'applique qu'aux cas les plus fréquents. Mais Ulpien s'exprime de même dans un passage (XI, 20) relatif à l'application d'une disposition de la loi Julia, et là son énumération est certainement complète. Cf. Karlowa, II, 196.

(2) Ulp., 34 ad. Sab., *h. t.* 16; Marc., 3 Reg., *eod.*, 52.

(3) Sev., Car., C., V, 12, 1. Cf. Gérardin, *Nouv. Rev. hist.*, 1896, XX, 5.

(4) Paul (35 ad Ed., D., XXIII, 4, 12, 1 ; 16) distingue les pactes *quæ ad voluntatem* et ceux qui *ad jus pertinent* : les premiers seuls sont libres. On peut convenir que la femme pourvoira à son entretien, mais non qu'elle ne pourra rien réclamer de sa dot.

(5) Paul, *eod.*, 14 et 16 : *Ne mulieris deterior conditio fiat.* Le mari ne peut non plus renoncer à son droit aux *retentiones* ni pour les objets donnés, car ce serait contraire à la prohibition des donations entre époux, ni pour les objets détournés, car ce serait inviter la femme au vol, ni pour les impenses nécessaires qui diminuent la dot de plein droit (Paul, 7 ad Sab. *eod.*, 5, 1 et 2; Fr. Sinai, 9).

(6) Marcel., ap. Ulp., 31 ad Sab. *eod.*, 4.

(7) Jul., ap. Ulp., 33 ad Ed., *Vat. fr.*, 120; 19 ad Sab., D., XXXIII, 4, 1, 1.

(8) Pomp., D., XXIII, 4, 7; Paul, 7 ad Sab., D., XXIII, 3, 21 ; 23; 28 ; Ulp., 3 Disp., D., XXIV, 3, 29 pr.

(9) La question a été autrefois très discutée. Elle est aujourd'hui généralement résolue dans le sens indiqué au texte (Voir cep. Brinz, III, 699 ; Karlowa, II, 197). La raison de douter vient de ce que certains textes disent que la dot est à la femme. Mais

propriété (1) ; il a le droit d'user, de jouir (2), de disposer, sauf une restriction : la loi Julia *de adulteriis* (3) défend au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme (4). On a voulu encourager la femme au mariage, en lui fournissant le moyen de soustraire une partie importante de sa fortune à la dissipation du mari. Mais la restriction ne s'applique ni aux meubles ni aux fonds provinciaux : le mari peut en disposer librement, sauf qu'il engage sa responsabilité lorsqu'il se met hors d'état de restituer en nature les corps certains composant la dot (5). La loi ne protège que les fonds italiques (6), sans doute parce qu'Auguste avait en vue la reconstitution des grandes familles de l'ordre sénatorial, dont la fortune était surtout territoriale (7).

L'interdiction d'aliéner a été entendue dans un sens large : on l'a appliquée à l'usucapion (8). Le fonds dotal est imprescriptible, sans quoi il eût été trop facile d'éluder la prohibition de la loi. Mais ce qui est interdit, c'est l'usucapion qui commence durant le mariage, et non celle qui a commencé avant : la dotalité

ces textes s'expliquent par l'étendue des droits accordés à la femme : en fait et au point de vue social, la dot est à la femme; en droit, elle est la propriété du mari.

(1) Par exemple, la *condictio furtiva* (Gaius, 10 ad Ed. prov., D., XLVII, 2, 49, 1).

(2) Le mari a droit aux fruits, mais non au trésor (Ulp., D., XXIV, 3, 7, 12).

(3) Loi du règne d'Auguste (Sen., *De ben.*, VI, 32 ; Suet., *Aug.*, 34; Ulp., 1 de adult., D., XLVIII, 5, 1) antérieure à la mort d'Horace (en 746) qui, dans une de ses odes (IV, 5, 21), parle des peines de cette loi contre le *stuprum*. Elle est vraisemblablement postérieure à la loi Julia *de marit. ordin.* Elle eut pour objet principal la répression de l'adultère : on y joignit un chapitre *de fundo dotali*.

(4) Gaius, II, 63 ; Paul, *Sent.*, II, 21 *b*, 2. Le fonds, estimé *venditionis causa*, échappe à la prohibition : il n'est pas dotal.

(5) Scæv., 2 Resp., D., XXIV, 3, 50. On explique l'exclusion des meubles dotaux, en disant que la loi ne pouvait les protéger d'une manière efficace ; il eût été trop facile de les soustraire à la revendication. Cette raison serait acceptable s'il n'y avait dans la loi une autre réserve qu'on ne peut expliquer de cette façon.

(6) La loi vise uniquement, dit Gaius, les fonds dotaux mancipés au mari, ou cédés *in jure*, ou usucapés, donc ceux dont il a acquis la propriété quiritaire, et qui ne peuvent être que des fonds italiques.

(7) Les sénateurs ne pouvant s'enrichir dans le commerce de terre (Liv. XXI, 63) ou de mer (I, 454, 6), obligés de justifier d'une fortune d'un million de sesterces pour être admis et maintenus au sénat, devaient employer leur fortune à acheter des immeubles italiques. Les sénateurs provinciaux étaient rares au début de l'Empire ; de la part des sénateurs d'Italie, les placements en fonds provinciaux étaient mal vus. A la fin du Ier siècle, Trajan décida qu'un tiers au moins de la fortune requise pour entrer dans les magistratures ou au sénat, devrait consister en terres italiques (Plin., *Ep.*, VI, 19). Lorsque les habitants des provinces furent admis en plus grand nombre au sénat, on se demanda si l'on ne devait pas étendre aux fonds provinciaux la protection de la loi (Gaius, *l. c.*). On hésita sans doute à porter atteinte à l'autonomie des cités provinciales en restreignant le droit des possesseurs de ces fonds, car au ve siècle, la loi Julia n'était encore appliquée qu'aux fonds italiques (Fr. Sinaï, 5).

(8) Sev., Car., C., V, 23, 1; Paul, D. L, 16, 28 pr. : *Alienationis verbum etiam usucapionem continet : vix est enim ut non videatur alienare qui patitur usucapi.*

n'est pas une cause d'interruption, ni le mariage une cause de suspension de l'usucapion (1).

Est également considérée comme une aliénation, la constitution d'une servitude réelle ou personnelle, l'extinction par non usage d'une servitude prédiale (2). Il en est de même, suivant Justinien, de la constitution d'un gage ou d'une hypothèque ; la loi Julia l'aurait expressément interdite au mari, même avec le consentement de la femme (3). Mais la loi Julia ne s'applique pas aux aliénations nécessaires qu'il ne dépend pas du mari d'éviter, comme une demande en partage formée par un copropriétaire, ni aux transmissions à titre universel (4).

La jurisprudence a étendu dans une certaine mesure la prohibition d'aliéner, soit à la période qui précède, soit à celle qui suit le mariage : le fiancé ne peut aliéner le fonds dotal ; le mari ne le peut pas non plus après la dissolution du mariage, tant que subsiste l'obligation de restituer (5).

L'aliénation faite contrairement à la loi Julia n'est pas nulle de plein droit : le vice de l'acte peut être effacé par la ratification de la femme. En général, le sort de l'aliénation est en suspens jusqu'à la dissolution du mariage : elle ne peut être attaquée que si la femme a droit à la restitution de sa dot (6). Si la femme a stipulé cette restitution, l'aliénation est nulle dans tous les cas (7). A défaut de stipulation, si le mariage est dissous par le prédécès de la femme, le mari n'ayant rien à rendre, l'aliénation est confirmée (8). Si, au contraire, le mariage est dissous par le prédécès du mari ou par le divorce, l'aliénation est nulle ; le mari, étant resté propriétaire, devra céder à la femme son action en revendication (9), sinon le Préteur, tenant la cession pour accomplie, donnera à la femme une action utile. Encore

(1) Tryph., 11 Disp., D., XXIII, 5, 16. Notre Code civil admet le contraire (a. 2251, 2255) : il a donc eu tort de reproduire la règle romaine dans l'art. 1561.

(2) Jul., ap. Ulp., 2 de omn. trib., D., XXIII, 5, 5.

(3) Inst., II, 13 pr. Il est douteux que cette règle émane de la loi Julia : la défense d'hypothéquer procède d'une pensée différente de celle qui a inspiré la loi d'Auguste. Elle doit plutôt se rattacher à l'édit d'Auguste qui a interdit à la femme d'intercéder pour son mari (Ulp., 29 ad Ed., D., XVI, 1, 2 pr.). La loi et l'édit étant du règne d'Auguste, on s'explique aisément la confusion commise par Justinien.

(4) Paul, 36 ad Ed., D., XXIII, 5, 1; Ulp., *eod.*, 2 pr., 1 ; Gord., C., V, 23, 2.

(5) Jul., in C., VI, 1, 6, 5; Gaius, D., XXIII, 5, 4; Paul, *eod.*, 3. 1.

(6) Scæv., 2 Resp., D., XXIV, 3, 50; Paul, *l. c.*

(7) Il en est de même, le cas échéant, de la vente qui a pu motiver l'aliénation (Pap., D., XXXI, 77, 5).

(8) Pap., 3 Quæst., D., XLI, 3, 42 : *Quam (venditionem)... confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit.* Marc., 7 Dig., D., XXIII, 5, 17.

(9) Le mari pourrait-il, durant le mariage, revendiquer lui-même le fonds dotal? La question n'est pas prévue par les textes, mais la solution affirmative doit être admise. A l'exception *rei venditæ et traditæ* opposée par l'acheteur, il répondra par

faut-il que la femme exerce l'action *rei uxoriæ :* si elle venait à mourir avant d'avoir mis en demeure le mari ou son héritier, l'aliénation ne pourrait plus être attaquée (1).

§ 6. *Droits de la femme sur la dot.* — Ce titre montre combien le droit classique est loin du régime patriarcal où le chef de famille a seul des droits. La législation d'Auguste a fait passer la femme au premier plan : elle lui donne la prééminence sur le mari, en lui attribuant un droit de *veto* sur l'aliénation du fonds dotal italique. La femme qui est en tutelle perpétuelle, la femme dont on proclame la légèreté d'esprit, va décider du sort d'un acte accompli par son mari. Un changement aussi profond dans la situation de la femme n'était pas facile à concilier avec les principes du droit antérieur. Comment justifier théoriquement le droit de la femme, sinon en admettant qu'elle restait propriétaire du fonds dotal? Et comment, d'autre part, concevoir cette propriété retenue par la femme après la mancipation consentie au mari? On aurait pu traiter le mari comme un copropriétaire, mais il était difficile de suivre cette idée jusqu'au bout, sans méconnaître la destination que la dot doit recevoir durant le mariage, sans compliquer outre mesure les rapports des époux et entraver l'administration des biens dotaux. On aurait pu aussi traiter le mari comme un usufruitier, mais, c'eût été une innovation bien hardie en présence des habitudes romaines, qui considèrent le chef de famille comme étant le seul propriétaire dans la maison.

Les jurisconsultes classiques ont pris le parti le plus simple et le plus pratique : ils ont maintenu le principe que les biens dotaux deviennent la propriété du mari, mais ils ont eu soin de les séparer du reste de son patrimoine. Ces biens dotaux forment une masse juridiquement distincte des biens propres du mari. La dot est une universalité juridique, un patrimoine (2) : elle comprend un actif et un passif. Ce patrimoine est susceptible de s'augmenter ou de décroître (3) : les éléments qui le composent peuvent être tous renouvelés (4), sans que le patrimoine soit mo-

une réplique fondée sur la loi Julia. L'acheteur de bonne foi aura d'ailleurs le droit de se faire indemniser du préjudice causé. Cf. DEMANGEAT, *op. cit.*, p. 384.

(1) ULP., VI, 7; *Vat. fr.*, 95, 112. Ulpien (5 de adult. D., XXIII, 5, 13, 3) dit que l'héritier de la femme obtiendra le même *auxilium* qu'elle : cela doit s'entendre de l'intervention du magistrat pour lui accorder une revendication utile, et non d'une dérogation à la règle sur l'intransmissibilité de l'action *rei uxoriæ*.

(2) ULP., 11 ad Ed., D., IV, 4, 3, 5 : *Dos ipsius filiæ proprium patrimonium est.*

(3) PAUL, 6 ad Sab., D., XXIII, 3, 4 : *Si proprietati nudæ in dotem datæ ususfructus accesserit, incrementum videtur dotis, non alia dos, quemadmodum si quid alluvione accessisset.* ULP., 19 ad Sab., D., XXXIII, 4, 1, 4; Fr. SINAÏ, 13.

(4) Par suite d'un échange (MOD., 1 Reg., D., XXIII, 3, 26; ULP., *eod.*, 27 ;

difié dans son identité. Or, comme ce patrimoine doit un jour revenir à la femme, on peut dire que la dot est à la femme (1), tout en reconnaissant qu'elle est dans les biens du mari (2).

Si le droit de la femme sur la dot se manifeste surtout après le mariage, il produit quelques effets avant sa dissolution : 1° en cas de dissipation de la dot, la femme peut demander qu'elle soit mise sous séquestre ; 2° si le mari devient insolvable, la femme peut immédiatement réclamer sa dot ; 3° dans certains cas, la loi autorise la restitution anticipée de la dot (3).

§ 7. *Restitution de la dot.* — L'obligation de restituer la dot est conventionnelle ou légale, suivant que le mari a ou non promis sur stipulation de rendre la dot (4). La situation du mari est très différente dans l'un ou l'autre cas. S'il y a eu stipulation, il est tenu d'une obligation de droit strict qui s'exécute sans ménagement, sans restriction, de quelque manière que le mariage s'est dissous, et qui est transmissible aux héritiers. A défaut de stipulation, le mari est, sous l'Empire, tenu, dès l'instant de la formation du mariage (5), de l'obligation éventuelle de restituer la dot dans des cas déterminés. Mais c'est une obligation *sui generis* : l'action *rei uxoriæ* qui la sanctionne a conservé les caractères de l'*arbitrium* usité sous la République (6) et de l'ac-

Gaius, de prædiatoribus, *eod.*, 54. Cf. sur ce texte, Pellat, 242) ou d'un partage, lorsque le mari a reçu une soulte en argent (Tryph., *eod.*, 78, 4).

(1) Elle retire de la dot un émolument actuel, car les fruits des biens dotaux sont appliqués aux charges du mariage (Tryph., *eod.*, 57). Aussi peut-elle dès à présent intenter l'action *ex stipulatu duplæ*, si le mari est évincé du fonds dotal qu'elle avait acheté (Pomp., 1 ex Plaut., D., XXI, 2, 22, 1).

(2) Tryph., D., XXIII, 3, 75 : *Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est.* Ulp., *eod.*, 7, 3; Paul, D., L, 1, 21, 4. Cf. Demangeat, 82.

(3) Paul, 2 Sent., D., XXIII, 3, 73, 1. Cf. Pellat, *op. cit.*, p. 366.

(4) Cette stipulation ne doit pas être confondue avec la *cautio rei uxoriæ*, dont l'objet était différent. Cette distinction, que nous avons signalée (I, 501), a été admise par Voigt (*Rg.*, I, 785) et par Karlowa (II, 213). On a objecté qu'à l'époque où s'introduisit l'usage des *cautiones rei uxoriæ*, au VIe siècle, les Romains ne sanctionnaient pas les stipulations incertaines (Esmein, *Nouv. Rev. hist.*, 1893, XVII. p. 147 ; Girard, *Manuel de droit romain*, 3e éd., p. 944, 5). C'est une simple assertion (I, 681) qui est contredite par Boëce (in Cic., *Top.*, 47). Il est bien plus difficile de croire que l'on ait, à cette époque, fait rentrer une *universitas* comme la dot dans la classe des *res certæ*, ou que l'on ait donné le nom de *cautio rei uxoriæ* à une stipulation qui aurait eu pour objet non pas la *res uxoria*, mais sa valeur pécuniaire.

(5) On a soutenu que l'obligation du mari ne se forme qu'à la dissolution du mariage (Bechmann, I, 150-194; Czyhlarz, 213 ; Girard, 949). Mais comment le mari serait-il responsable de son dol et de sa faute s'il n'est pas déjà obligé ? Ulpien présente le mari comme débiteur *ex contractu* (27, 28 ad Ed., D., XIII, 5, 1, 6; XIII, 6, 5, 2).

(6) Il y a deux exemples de ces *arbitria* relatifs à des personnages historiques, l'un de 594 pour la dot de la femme de Paul-Emile (Polyb., XVIII, 18, 6 ; XXXII, 8, 4), l'autre de 633 pour la dot de la femme de C. Gracchus (Ap. Jav., D., XXIV, 3, 66 pr.). Plusieurs des règles appliquées à l'action *rei uxoriæ* remontent à cette époque (Serv., *eod.*).

tion prétorienne (*arbitrium honorarium*) (1) qu'elle a remplacée. C'est une action civile (2), personnelle, de bonne foi suivant Justinien (3), et qui présente de nombreuses particularités.

1° Elle ne peut être intentée en cas de prédécès de la femme. Une exception a été admise pour la dot profectice : si le père de la femme vit encore, il peut réclamer la dot *in solatium filiæ amissæ* (4). 2° En cas de prédécès du mari : si le testament contient, suivant l'usage, un *legatum dotis*, la femme doit opter entre ce legs et l'action *rei uxoriæ* (édit *de alterutro*) (5). 3° Si la femme est sous la puissance de son père à la dissolution du mariage, le père ne peut exercer l'action *rei uxoriæ*, au nom de sa fille, sans son consentement : il agit *adjuncta filiæ persona* (6). C'est une dérogation au principe qui attribue au père toutes les acquisitions faites par les membres de la famille. 4° La formule de l'action *rei uxoriæ* contient les mots *æquius melius* (7). Le juge doit tenir compte de l'équité, mieux que dans une action de bonne foi (8). Il peut, par exemple,

(1) D'après M. Esmein (*l. c.*, 145), l'action *rei uxoriæ* aurait été, dans le principe, une action pénale; elle aurait réprimé le délit consistant dans la répudiation injuste faite par le mari. Cette opinion est fondée sur des analogies plus apparentes que réelles et ne tient pas compte du caractère que les textes assignent à la demande formée par la femme : 1° si les lois royales accordent à la femme, répudiée en dehors de certains cas, un droit à une part des biens du mari, ce n'est pas pour punir le mari, car la répudiation, prononcée par le tribunal domestique, n'était pas admise pour des causes frivoles; 2° l'analogie, qui existe à certains égards entre l'action *rei uxoriæ* et les actions prétoriennes d'injures, *sepulcri violati*, *de effusis et dejectis*, ne prouve pas qu'elles aient un caractère commun. La mission confiée à l'arbitre dans l'action *rei uxoriæ* répugne au caractère des actions pénales; Cicéron (*Top.*, 17) rapproche l'*arbitrium rei uxoriæ* des *arbitria* donnés à l'occasion d'actes contractuels, société, mandat : l'arbitre examine *quid virum uxori, quid uxorem viro præstari oporteret*, ce qu'il est impossible d'appliquer à l'action d'injures et aux deux autres actions pénales. Cf. Costa, *Storia del diritto Romano*, I, 219.

(2) La transformation de l'*arbitrium honorarium* en une action civile s'est opérée ici comme dans les autres *arbitria* (I, 693, 1).

(3) C., V, 13, 1 pr. Cf. t. I, p. 496, 5.

(4) Pomp., 14 ad Sab., D., XXIII, 3, 6 pr. : *Jure succursum est patri ut filia amissa solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta.* Autre exception dans le cas où la femme a été tuée par son mari (Proc., ap. Pomp., D., XXIV, 3, 10, 1).

(5) Paul, D., XXXIII, 4, 13; Theod., C. Th., IV, 4, 7 pr.; Just., C., V, 13, 1, 3.

(6) La formule est modifiée en conséquence : le nom de la fille figure dans l'*intentio*. Le père ne peut non plus se faire payer sans le consentement de sa fille : la créance en restitution est censée appartenir en commun à la fille et à son père (Ulp., VI, 6; 35 ad Sab., D., XXIV, 3, 2, 1; 22, 9). Si la fille est présente, on n'exige pas un consentement exprès : il suffit qu'elle ne s'oppose pas à la demande du père (Anton., ap. Ulp., *eod.*). Si donc elle est folle, le père est censé agir d'accord avec elle (Jul., 48 Dig. *eod.*); si elle est absente, le père doit promettre qu'elle ratifiera (Paul, 7 ad Sab. *eod.*, 3).

(7) La reconstruction de cette formule par Lenel (*E. P.*, 243) est critiquée par Karlowa (II, 222).

(8) Boeth., in Cic., *Top.*, 17 : *In quo judicis non tantum boni natura spectari*

rectifier l'estimation *venditionis causa* de la dot, ce que ne pourrait faire le juge de l'action de bonne foi *ex vendito* (1). 5° L'action *rei uxoriæ* est *in bonum et æquum concepta*. Gaius en conclut qu'elle ne s'éteint pas par la *capitis deminutio* (I, 496, 3). 6° Le mari jouit du bénéfice de compétence. Ce bénéfice lui est personnel (p. 95, 5). 7° Le mari doit rendre immédiatement la dot ou la partie de la dot consistant en corps certains. Pour les quantités (argent monnayé, blé, vin), il a la faculté de les restituer par tiers en trois annuités (2), sauf le cas où le divorce a lieu par sa faute. Cette distinction est très raisonnable : le mari ne peut garder à sa disposition une quantité d'argent ou de denrées équivalente à celle qu'il a reçue en dot pour être prêt à la restituer à l'époque incertaine où le mariage sera dissous. 8° L'action *rei uxoriæ* a pour objet soit les biens dotaux et leurs accessoires (3) dans l'état où ils se trouvent, si le mari a reçu des corps certains, soit une quantité équivalente, s'il a reçu des choses fongibles (4). Le mari, débiteur de corps certains, est responsable de son dol et de sa faute *in concreto* (5), mais non des cas fortuits (6). Quant aux fruits, il ne doit compte que de ceux de la dernière année; on en fait deux parts : l'une qui est proportionnée à la durée du mariage pendant cette année, est gardée par le mari; l'autre doit être restituée à la femme (7). 9° La valeur à restituer est souvent diminuée par l'effet des *rétentions dotales*. Ces rétentions sont autorisées pour cinq causes :

a) *Propter mores*. En cas d'adultère de la femme, la rétention est de 1/6, de 1/8 pour toute autre faute. Le mari, en cas d'adultère, est déchu du droit de restituer les quantités en trois annuités; pour toute autre faute, le délai est réduit de moitié : la restitution a lieu par tiers, de six en six mois. Quant aux choses frugifères dont la restitution est immédiate, le mari doit

solet, verum etiam comparatio bonorum fit, ut non tam quod bonum sed quod melius æquiusque est, id sequendum sit.

(1) P. 103, 9. Voir trois autres exemples dans Lab., ap. Jav., D., XXIV, 3, 66, 7; Proc., ap. Pomp., *eod.*, 10, 1; D., XLVI, 3, 82.

(2) La loi ancienne avait accordé ce délai au constituant pour la *numeratio dotis* (p. 104, 7). Par une juste réciprocité, on appliqua à la restitution de la dot la règle admise pour la constitution (Ulp., VI, 8).

(3) Pomp., 16 ad Sab., D., XXIV, 3, 11 ; Paul, 6 ad Sab., D., XXIII, 3, 4. Pour la restitution d'un usufruit, Tryph., 11 Disp. *eod.*, 78 pr., 1-4. Pour la dot constituée par acceptilation, Ulp., 3 Disp, *eod.*, 43.

(4) Gaius, 11 ad Ed. prov., D., XXIII, 3, 42.

(5) Paul, *eod.*, 17. En cas de non payement d'une créance, Sab., *eod.*, 33.

(6) Fr. Sinaï, 11 et 13.

(7) Paul, *eod.*, 6; Pap., ap. Ulp., 31 ad Sab., D., XXIV, 3, 7, 1.

compte des fruits de deux ans ou d'un an, suivant que la faute est grave ou légère (1). Les peines infligées aux époux ne sont donc ni égales ni proportionnelles. *b) Propter liberos.* Cette rétention, qui est de 1/6 par enfant sans pouvoir excéder 3/6, a lieu quand le divorce est motivé par la faute de la femme ou du père sous la puissance duquel elle se trouve. Elle a pour but à la fois de punir la femme et d'indemniser le mari qui a la charge des enfants (2). *c) Propter impensas.* Le mari peut retenir en tout ou en partie le fonds dotal, si on ne lui rembourse pas les dépenses nécessaires qu'il a faites. Ces dépenses sont celles dont l'omission entraînerait la perte ou la détérioration d'un bien dotal (frais de réparation d'une maison qui menace ruine) (3). Les dépenses utiles ou d'amélioration (4) ne donnent droit à une indemnité que si elles ont été faites du consentement de la femme; elles ne diminuent pas la dot de plein droit (5). Quant aux dépenses voluptuaires ou de simple agrément, le mari ne peut s'en faire tenir compte, même si elles ont été faites du consentement de la femme (6). *d) Propter res donatas.* Le mari qui a fait une donation à sa femme peut retenir sur la dot la valeur des objets donnés : c'est un moyen d'invoquer la nullité de la donation entre époux. *e) Propter res amotas.* Le mari peut retenir la valeur des objets que la femme a détournés à son préjudice et en prévision du divorce (7). Il peut, s'il le préfère,

(1) Ulp., VI, 12, 13. Cf. sur le sens des mots : *Senum mensum die*, qui ont donné lieu à des difficultés : Pellat, *Dot*, 27 et 37; Voigt, *Rg.*, II, 561.

(2) Ulp., VI, 10; Cic., *Top.*, 4; Boeth., ad h. l. Cf. Pellat, p. 18.

(3) Ulp., VI, 15; Lab., Fulcin., ap. Ulp., 36 ad Sab., D., XXV, 1, 1, 3; 3 pr., 1; Ulp., 5 Reg. *eod.*, 14 pr.; Fr. Sinaï, 8. Les dépenses nécessaires diminuent la dot de plein droit (Nerat., 2 Membr. *eod.*, 15; Paul, 6 ad Plaut., D., XXIII, 3, 56, 3). Cela ne signifie pas qu'un fonds donné en dot, cesse d'être dotal pour un quart dès qu'on a dépensé pour sa conservation une somme égale au quart de sa valeur : la diminution qui s'opère *ipso jure* porte non sur les objets corporels, mais sur l'ensemble de la dot (Ulp., D., XXV, 1, 5 pr.; 19 ad Sab., D., XXXIII, 4, 1, 4. Cf. sur le sens de cette règle, Jhering, t. IV, p. 65). Si cependant la dot comprenait une somme d'argent et un fonds, les dépenses nécessaires diminueraient la dot en argent (Nerva, ap. Paul, *l. c.*). D'après Scævola, le fonds cesse d'être dotal lorsque les dépenses faites successivement pour sa conservation égalent le montant de la valeur du fonds. Paul *(l. c.)* critique cette opinion qui aboutit à des conséquences iniques.

(4) Ulp., VI, 16 : plantation de vignes, d'oliviers. Paul, D., XXV, 1, 6.

(5) Ulp., *eod.*, 7, 1; Paul, *eod.*, 8. C'est l'opinion qui a prévalu (Ulp., *eod.*, 14, 1). Le droit à une indemnité pour les dépenses utiles, contesté par Labéon, fut soutenu par Javolenus (6 ex Post., D., XXIII, 5, 18 pr.).

(6) Ulp., VI, 17 : bosquets, peintures. Aristo, D., XXV, 1, 11 pr. Ulpien (36 ad Sab., *eod.*, 9) accorde au mari le *jus tollendi;* mais ce droit est incompatible avec la défense de *tignum solvere* (I, 278, 2) : le texte est interpolé. Cf. Riccobono, *Bull. di d. R.*, IX, 238.

(7) Ulp., VII, 1. Est nul le pacte par lequel le mari renoncerait à la rétention *ob res donatas vel ob impensas vel ob res amotas* (Fr. Sinaï, 9).

intenter, comme autrefois, l'action *rerum amotarum* (I, 501, 1) (1).

IX. Legs de la dot (*dotis relegatio*). — Le mari peut s'acquitter de l'obligation que la loi lui impose envers sa femme en lui léguant sa dot (2). Ce legs a pour objet ce que la femme pourrait obtenir par l'action *rei uxoriæ* (3). Aussi la femme doit-elle opter entre son droit au legs et l'exercice de cette action : l'édit *de alterutro* ne lui permet pas d'en cumuler le bénéfice. Le principal avantage qu'il lui procure est de pouvoir exiger immédiatement le paiement des choses fongibles composant la dot (4).

III

LA PUISSANCE PATERNELLE.

I. Sources de la puissance paternelle. — La puissance paternelle s'acquiert de trois manières : par la procréation en légitime mariage, par le bienfait de la loi ou par rescrit du prince, par adoption.

(1) A l'époque classique, cette action a perdu sa physionomie primitive, et les jurisconsultes ne sont pas d'accord pour en justifier l'existence. Les uns nient la possibilité d'un vol entre conjoints, la femme étant en quelque sorte copropriétaire des biens dotaux (Cass., Nerva, ap. Paul, 7 ad Sab., D., XXV, 2, 1); d'autres disent que cette action remplace l'action *furti* qu'on a écartée *in honorem matrimonii*, en raison de son caractère infamant (Sab., Proc., Jul., ap. Paul, *eod.*; Gaius, *eod.*, 2). Mais cette raison n'a pas été décisive, car Paul (*eod.*, 3, 2) cite des cas où la *condictio furtiva* tout au moins peut être intentée durant le mariage contre une femme qui a donné des objets dépendant d'une succession échue à son mari. L'action *rerum amotarum* est une action *rei persecutoria* (Paul, *eod.*, 21, 5), qui est, à certains égards, traitée comme une action délictuelle (*Id.*, 21, 6; Diocl., C., V, 21, 3). Sur la procédure de cette action, cf. Karlowa, II, 1181.

(2) Parfois le mari faisait au profit de sa femme une institution d'héritier *pro dote* (Ter. Clem., 4 ad l. Jul., D., XXXI, 53, 1).

(3) Jav., 7 *Ep.*, D., XXXI, 41, 1 in fine; Ulp., 19 ad Sab., D., XXXIII, 4, 1 pr., 5. L'héritier ne peut cependant opérer de rétention pour les dépenses utiles ni, depuis le Sc. de Caracalla, pour les biens donnés (Marc., 3 Reg., *eod.*, 5).

(4) Ce legs ne doit pas être confondu avec le *legatum pro dote* usité au temps de Cicéron (Serv., Ofil., Cascel., Alf., ap. Ulp., *eod.*, 6 pr., 1. Proc., D., XXXI, 48 pr.) et qui subsiste encore sous l'Empire : ce legs a pour objet une somme d'argent déterminée (Lab., *eod.*, 6, 1), ou des corps certains (I, 498, 3) que le mari attribue à sa femme survivante comme équivalent de sa dot (Jav., *l. c.*). Ce legs n'est pas soumis à l'évaluation arbitraire qui est propre à l'action *rei uxoriæ* : il ne comporte pas de réduction en raison des impenses (Alf., *l. c.*); il peut avoir une valeur inférieure à celle de la dot (Serv., *l. c.*; Pap., 7 Resp. *eod.*, 8.); il est valable même s'il n'y a pas eu de dot, ou si les biens dotaux ont péri par cas fortuit (Jul., ap. Ter. Clem., *l. c.*; ap. Ulp., 3 Disp., D., XXXIII, 4, 2 pr.). Il n'est même pas nécessaire que le legs soit qualifié *pro dote*, si l'intention du testateur n'est pas douteuse. L'édit *de alterutro* s'applique *a fortiori* au legs *pro dote* (Sab., ap., Ulp., 22 ad Sab., D., XXXII, 45; XXXIV, 2, 2. — Indépendamment de ce legs, le mari léguait souvent à la femme survivante tous les objets affectés à son usage particulier, *quæ ejus causa parata sunt* (Non., v° *mundum*, relatif au poète Lucilius; Q. Muc., ap. Pomp., D., XXXIV, 2, 10 pr.; 34, 1). Labéon fit un legs de ce genre à sa femme Neratia (Paul, *eod.*, 32, 6).

§ 1er. *Mariage.* — L'enfant né en légitime mariage n'entre pas de plein droit dans la famille de son père : il faut, comme à l'époque antique, le consentement du chef de famille (I, 161; 175). Peu importe que l'enfant soit issu d'un mariage *cum* ou *sine manu* : l'acquisition de la puissance sur l'enfant n'est pas la conséquence de la *manus* acquise sur la mère. Dès le temps des Douze Tables, l'enfant suivait toujours la condition de son père (I, 222, 1).

La règle antique fut modifiée par le Sc. Plancien en faveur de l'enfant né après le divorce. Trop souvent le père refusait de le reconnaître pour laisser à la mère la charge de l'élever : c'était un abus (1). Le sénat restreignit le pouvoir du père tout en prenant des précautions pour éviter une supposition de part : il oblige, sous certaines conditions (2), le mari de la femme divorcée à reconnaître l'enfant conçu pendant le mariage, à moins qu'il ne prouve que cet enfant n'est pas de lui (3). La preuve directe de la paternité n'est pas exigée de la mère : on se contente d'une double présomption. *a*) L'enfant conçu durant le mariage est réputé avoir pour père le mari : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant* (4). *b*) L'enfant est réputé conçu durant le mariage lorsqu'il est né plus de six mois après la formation du mariage, et moins de dix mois après sa dissolution; on admet que la durée normale de la gestation (I, 135, 5) varie entre 182 jours au minimum et 10 mois au maximum (5). Cette présomption est d'ailleurs

(1) Ulp., 9 ad Sab., D., I, 6, 6 : *Non tamen ferendum Julianus ait eum qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium agnoscere quasi non suum.*

(2) Ulp., 34 ad Ed., D., XXV, 3, 1 pr. La femme est tenue de notifier au mari l'état de grossesse dans les trente jours qui suivent le divorce. A défaut de notification, l'enfant conserve le droit de faire établir sa légitimité, mais seulement pour obliger le père à lui fournir des aliments (Jul., ap. Ulp., *eod.*, 1, 13).

(3) Ulp., *eod.*, 1, 16; Jul., *eod.*, 1, 11. En cas de refus du mari, *extra ordinem coercetur* (Ulp., *eod*., 1, 4). D'après Dioclétien (C., VIII, 46, 9), la procédure à suivre consiste à *agere ex Sco*, ou à exercer un *præjudicium*. Lenel (*E. P.*, 248) pense que ces deux procédures n'en font qu'une. Il semble en effet qu'elles ont été confondues sous Justinien (Inst., IV, 6, 13), mais il est douteux et peu vraisemblable qu'il en ait été de même à l'époque classique. On conçoit que la mère agisse *de partu adgnoscendo* et prouve qu'elle a satisfait aux conditions requises par le sénat; il n'en est pas de même de l'enfant : pour lui, il ne peut être question que d'établir sa filiation (*præjudicium an filius sit*). La procédure *ex Sco* avait lieu *extra ordinem* (arg. Ulp., 1, 4) : elle permettait à la mère d'obtenir une solution plus rapide. Sous Justinien, la procédure étant toujours *extra ordinem*, on s'explique qu'on n'ait pas maintenu la distinction du *præjudicium* et de l'action *ex Sco*. Cf. Karlowa, II, 1106.

(4) Cette présomption n'a pas eu à Rome l'importance qu'on lui donne aujourd'hui. Elle n'est citée qu'une fois au Digeste (Paul, D., II, 4, 5), à propos de la règle qui oblige le fils à demander au Préteur l'autorisation d'agir en justice contre son père.

(5) Rescr. Pii, ap. Ulp., 14 ad Sab., D., XXXVIII, 16, 3, 12. Cf. le formulaire

moins forte qu'en droit moderne : elle peut être combattue par toute espèce de preuve. La sentence rendue par le juge est opposable à toute personne intéressée. — Sous Hadrien, la disposition du Sc. Plancien fut étendue par le sénat aux enfants nés durant le mariage (1).

§ 2. *Bienfait de la loi; Rescrit du prince.* — La puissance paternelle est acquise sur les enfants issus d'un mariage du droit des gens (*non justæ nuptiæ*) dans deux cas prévus par la loi Ælia Sentia (*anniculi causæ probatio, erroris causæ probatio*) (2). L'acquisition de la puissance paternelle coïncide ici avec l'acquisition de la cité romaine par les père et mère ou par celui d'entre eux qui ne l'avait pas. Pour les enfants issus d'un mariage entre pérégrins, la concession de la cité romaine aux père et mère et à l'enfant n'entraîne pas de plein droit l'acquisition de la puissance paternelle : il faut une décision spéciale de l'empereur.

§ 3. *Adoption.* — *a*) *But.* — L'adrogation et l'adoption ont perdu sous l'Empire leur raison d'être originaire : elles ne servent plus l'une à perpétuer le nom et le culte gentilice d'une *gens* patricienne, l'autre à donner des héritiers siens aux plébéiens qui n'en ont pas eu de leur mariage (I, 234). La distinction du patriciat et de la plèbe a disparu; le testament est devenu accessible à tous les citoyens ; l'organisation et le culte gentilices ne sont guère plus qu'un souvenir (3). Le fait dominant à l'époque classique, c'est la tendance au rapprochement de l'adrogation et de l'adoption : les règles de l'adoption sont en partie calquées sur celles de l'adrogation; et dans celle-ci on envisage surtout l'effet immédiat qu'elle produit comme l'adoption, l'acquisition de la puissance paternelle. Dès lors, on put dire : l'adrogation est une variété de l'adoption (4).

La première s'applique à une personne *sui juris*, la seconde à une personne *alieni juris* (5). L'une et l'autre ont pour but de procurer une postérité légitime au chef de famille qui n'en a pas (6). L'adoption permet également à un ascendant de faire

d'Aquilius Gallus (Scæv., 6 Quæst., D., XXVIII, 2, 29 pr.), et les exceptions admises par Hadrien et par le préteur L. Papirius (Gell., III, 16).

(1) Jul., *eod.*, 14; Scæv., ap. Ulp., D., I, 6, 6; Marcel., *h. t.*, 3 pr., 1.

(2) Gaius, I, 65-73; 93-94. Cf. p. 149, 8.

(3) Aulu-Gelle (V, 19) signale une nouvelle application de l'adrogation qu'on avait tenté d'introduire : des affranchis se faisaient adroger par des ingénus. C'était un moyen détourné d'acquérir l'ingénuité. Sabinus reconnaît qu'en droit rien ne s'y oppose, mais il conseille de ne pas permettre *ut homines libertini ordinis per adoptionem in jura ingenuorum invadant.* Ce texte, souvent mal interprété, a été expliqué par Desserteaux, *Etude sur les effets de l'adrogation*, p. 13.

(4) Mod., 2 Reg., D., I, 7, 1, 1; Gaius, I, 98.

(5) Pour l'adoption d'un esclave ou d'une femme mariée, t. Ier, p. 167, 5; 175.

(6) L'adoption est permise à qui n'est pas marié (Paul, 1 Reg., D., I, 7, 30).

entrer dans sa famille un descendant par les femmes, un petit-fils conçu après l'émancipation de son père, peut-être un enfant naturel (1).

b) *Conditions.* — Deux conditions sont requises :

1° L'adoptant doit être juridiquement capable d'avoir la puissance paternelle (2). Par exception, les femmes peuvent faire une adrogation en vertu d'un rescrit du prince : elles n'acquièrent pas la puissance paternelle, mais elles confèrent à l'adrogé un droit de succession sur leurs biens (3). Les pérégrins ne peuvent adopter que suivant les lois de leur cité (4). Dioclétien a proscrit l'adoption à titre de frère, usitée en Syrie (5).

2° L'adoptant doit être plus âgé que l'adopté. La question, discutée encore au temps de Gaius (I, 241, 2), ne l'est plus au milieu du IIIe siècle : l'intervalle exigé est celui d'une *plena pubertas.* Justinien l'a fixé à dix-huit ans (6). Sous ce rapport on s'est inspiré de l'idée que l'adoption imite la nature (7); à d'autres égards, on s'en est écarté : on peut adopter un petit-fils sans avoir de fils (8).

A ces conditions, il faut joindre celles que l'autorité compétente exigeait pour l'adrogation, en vue de sauvegarder certains intérêts, publics ou privés. Les conditions variaient suivant les cas; en général, il fallait que l'adrogeant eût dépassé l'âge où l'on peut espérer avoir des enfants, c'est-à-dire 60 ans, qu'il n'eût pas d'enfant, pour que l'adrogation ne porte pas atteinte à leurs droits successoraux (9). L'affranchi ne pouvait être adrogé que par son patron, qui avait l'espoir de sa succession. Le mineur de vingt-cinq ans ne pouvait l'être ni par son ex-tuteur ni par son curateur, qui auraient trouvé là un moyen de ne pas rendre leurs comptes. Depuis le règne de Claude, le mineur de vingt-cinq ans ne peut se donner en adrogation sans le consentement de son curateur : on a voulu le protéger contre son inexpérience (p. 169, 6).

Une lettre d'Antonin le Pieux au collège des pontifes permit

(1) C., VIII, 48, 10 pr.; V, 22, 7.

(2) Gaius, I, 104. Un fils de famille peut avoir un enfant adoptif lorsque son père a adopté un enfant comme s'il était né de son fils (I, 241), mais le fils doit être consulté *ne ei invito heres suus adgnascatur* (Jul., ap. Paul, D., I, 7, 6; 10).

(3) Diocl., C., VIII, 48, 5.

(4) Pour les Latins, voir t. Ier, p. 707, 4.

(5) Cf. Edouard Cuq, *Conseil des Empereurs*, 501, 3; Mitteis, *Reichsrecht*, 267; *Syrisch röm. Rechtsbuch*, l. 86, art. 127.

(6) Mod., D., I, 7, 40, 1. La fin du texte paraît interpolée. Inst., I, 11, 4.

(7) *Ibid.*; Jav., 6 ex Cass., *h. t.*, 16.

(8) Gaius, I, 103; Paul, 1 Reg., *h. t.*, 30; 2 Sent., *eod.*, 37 pr.

(9) Cic., *p. domo*, 13 et 14; Ulp., 26 ad Sab., *h. t.*, 15, 2-3; 17 pr., 3.

l'adrogation d'un impubère lorsqu'il y aurait une juste cause (1), et sous certaines conditions destinées à protéger ses intérêts et ceux de ses héritiers présomptifs : l'adrogeant doit promettre sous caution de rendre tous les biens de l'adrogé mort impubère à ses héritiers légitimes (2); s'il l'émancipe ou l'exhérède, il doit lui restituer tous les biens qu'il a acquis de son chef. De plus, si l'émancipation ou l'exhérédation a lieu sans juste cause, l'adrogé a droit à un quart des biens de l'adrogeant : c'est la quarte Antonine (3).

c) *Formes.* — Rien n'est changé aux formes anciennes de l'adoption (I, 243, 648, 726, 3) ; mais leur inobservation n'entraîne pas toujours la nullité : les irrégularités peuvent être couvertes par la confirmation du prince (p. 53, 7) (4).

La forme antique de l'adrogation (I, 235-236) subsiste également (5), bien qu'au temps de Cicéron il n'y eût guère que les licteurs présents aux comices (6). La loi curiate n'existe qu'en apparence : en réalité, ce sont les pontifes qui autorisent l'adrogation. En raison même de sa forme, l'adrogation ne pouvait se faire qu'à Rome : c'était une gêne pour les citoyens habitant des provinces éloignées. Sous l'Empire, on trouve des exemples d'adrogation par rescrit du prince (n. 1). A partir de Dioclétien, cette forme d'adrogation a la même valeur que celle qui a lieu *per populum* (7).

d) *Effets.* — L'adopté sort de sa famille agnatique pour entrer dans celle de l'adoptant (8). L'adoption entraîne une *capites*

(1) Mod., 2 Reg., *eod.*, 8; Gaius, I, 102. Vers la même époque, il fut permis d'adroger une femme avec l'autorisation de l'empereur (Gaius, 21 Reg., D., I, 7, 21). L'adrogation des impubères n'était pas encore permise au temps d'Aulu-Gelle (V, 19, 10).

(2) Ulp., *eod.*, 17, 1-5. L'engagement est pris envers un *servus publicus* qui stipule au profit de ceux qui auraient succédé à l'adrogé s'il était resté *sui juris* (Marcel., 26 Dig., *eod.*, 18 et 20 ; Ulp., 19 pr.; 22 pr.). L'esclave public est considéré ici comme appartenant en commun à tous les citoyens, et non à l'État (p. 176, 4),

(3) Paul, 10 ad l. Jul., D., XXXVIII, 5, 13; Ulp., 14 et 19 ad Ed., D., V, 2, 8. 15; X, 2, 2, 1 ; XXXVII, 6, 1, 21. Les textes ne parlent pas ici de satisdation ; Marcellus (20 *eod.*) en restreint l'application au cas où l'adrogé mourrait impubère.

(4) Si l'adoptant est un magistrat investi de la juridiction gracieuse, il peut procéder à la *legis actio* par-devant lui-même, être à la fois juge et partie dans ce procès fictif (Nerat., ap. Mod., 2 Reg. *eod.*, 4).

(5) Gaius, I, 98-102, 105, 107 ; II, 138; Ulp., VIII, 2-5; Gell., V, 19, 2 et 6.

(6) Cic., *De leg. agr.*, II, 11, 27 ; 12, 31.

(7) C., VIII, 47, 5. Cf. notre *Conseil des Empereurs*, 501, 6 ; 502, 1.

(8) Le changement de famille entraîne un changement de nom : l'adopté prend les noms de l'adoptant. Anciennement, il y joignait son nom gentilice en lui donnant le suffixe *anus*. Le fils de L. Æmilius Paullus, adopté par P. Cornelius Scipio (fils du premier Africain), s'appelle P. Cornelius Scipio Æmilianus. Depuis la fin de la République, on se contente d'ajouter aux noms de l'adoptant un ou plusieurs des noms de l'adopté (Mommsen, *Etude sur Pline le Jeune,* trad., p. 43-51; Cagnat,

deminutio avec ses conséquences (I, 201-203) : perte de l'agnation, de la gentilicité et des droits successoraux qui s'y trouvent attachés. Mais l'adopté acquiert dans sa nouvelle famille des droits équivalents : il est traité comme un enfant issu du mariage de l'adoptant. Il y a toutefois quelques différences (1) : s'il devient le cognat des agnats de l'adoptant (2), cette parenté fictive ne s'étend pas aux cognats (3), et prend fin s'il vient à être émancipé (4) ; elle ne procure pas à l'adoptant les avantages que les lois caducaires attribuent aux *patres* (5). A cette époque, le lien de cognation qui subsistait entre l'adopté et sa famille naturelle malgré la *capitis deminutio*, produisait des effets importants au point de vue successoral (6) : si, par exemple, l'adopté est émancipé avant la mort de son père naturel, le Préteur l'appelle à sa succession comme s'il avait été émancipé par lui (7).

L'adrogation s'appliquant à des personnes *sui juris* produit deux effets qui ne résultent pas de l'adoption : 1° si l'adrogé a des enfants sous sa puissance, ces enfants passent sous la puis-

Cours d'épigraphie, p. 73). Les suffixes *anus* sont fréquents sous l'Empire, mais il faut se garder d'y voir avec Accarias (I, 268, 2) un indice d'adoption : les surnoms terminés par *anus* sont empruntés à la famille maternelle. Sous l'Empire, le fils puiné joint au nom du père celui de la mère en donnant à ce dernier le suffixe *anus* : Flavius Vespasianus fut le second fils de Flavius Sabinus et de Vespasia Polla (Suet., *Vesp.*, 1). Cf. Borghesi, III, 493 et suiv.

(1) L'une de ces différences est due au Sc. Afinien de l'an 62 (C., VIII, 47, 10, 3), et concerne le cas où le père de trois fils en a donné un en adoption. Le sénat a décidé que l'adoptant devrait laisser par testament au moins un quart de ses biens à l'adopté. Au lieu de s'en remettre à l'appréciation du tribunal des centumvirs, il a fixé lui-même la quotité qui lui a paru convenable pour écarter la plainte d'inofficiosité : c'est la quarte Afinienne. L'adopté qui a reçu moins du quart peut réclamer le complément, sans doute par une action *familiæ erciscundæ* utile (Arg. Ulp., X, 2, 2, 1). *Nec ulla actio ad ejus persecutionem ei competit*, dit Justinien en abrogeant le Sc. C'est en s'appuyant sur ce Sc., confirmé plus tard par le rescrit d'Antonin qui a établi la quarte Antonine et par un Sc. du règne de Marc-Aurèle, que la jurisprudence a établi la quarte legitime (Pap., ap. Ulp., 14 ad Ed., D., V, 2, 8, 8). Accarias (I, 1153) et Girard (p. 177) pensent que le sénat s'est occupé, non pas de l'exhérédation injuste ou de l'institution insuffisante, mais de l'émancipation de l'adopté, comme l'a fait cinq siècles plus tard Justinien. Mais il serait singulier que l'on fût resté si longtemps sans étendre la disposition du Sc., et que Justinien eût procédé à une refonte de la législation sur l'adoption, alors qu'il lui aurait suffi de généraliser le précédent créé par le sénat.

(2) Ulp., 46 ad Ed., D., XXXVIII, 8, 1, 4.

(3) Paul, 35 ad Ed., D., I, 7, 23; Mod., 12 Pand., D., XXXVIII, 10, 4, 10.

(4) L'adopté perd tous les droits que l'adoption lui avait fait acquérir (Pap., 36 Quæst., D., I, 7, 13; cf. Ulp., 5 ad Ed., D., II, 4, 8).

(5) Probablement depuis un Sc. du temps de Néron (Tac., *Ann.*, XV, 19 ; Ulp., 8 ad l. Jul., D., XXXI, 51, 1 ; 3 Opin., D., L, 5, 2, 2).

(6) Certaines inscriptions funéraires sont dédiées à un enfant adoptif par l'adoptant et par le père naturel (*C. I. L.*, III, 1181 et 1182).

(7) Paul, 47 ad Ed., D., XXXVII, 4, 6, 4; Mod., 1 Differ., D., I, 7, 40 pr.

sance de l'adrogeant (1); il en est autrement dans l'adoption : les enfants de l'adopté restent sous la puissance de leur aïeul; 2° le patrimoine de l'adrogé se confond avec celui de l'adrogeant (2) : c'est un cas d'acquisition à titre universel (I, 700, 5; 525, 2). Rien de pareil pour l'adoption : l'adopté *alieni juris* ne saurait avoir de patrimoine.

II. Restrictions légales a la puissance paternelle. — Le père de famille, prêtre et magistrat, ne jouit plus à l'époque classique des pouvoirs étendus qu'il tenait des coutumes gentilices : la loi les a supprimés ou restreints. Elle l'a fait d'autant plus facilement que ces pouvoirs n'avaient plus d'appui dans les croyances religieuses ou dans les mœurs. Le scepticisme ou l'indifférence avait fait délaisser les cultes domestiques : on les considérait comme une charge (I, 518) dont on ne craignait pas de se débarrasser en la confiant à un esclave (p. 94, 4).

Chef du culte, le père ne peut plus à son gré désavouer l'enfant issu de son mariage et lui refuser l'entrée dans sa famille. Le père ne peut pas non plus exclure arbitrairement un enfant de la famille : le fils ne peut être émancipé contre sa volonté. Le père ne peut forcer son fils à contracter un mariage qui lui déplaît, ni briser le lien conjugal contre le gré des époux.

Magistrat domestique, le père a successivement perdu la plupart de ses attributions; à la fin de l'époque classique, il ne conserve qu'un pouvoir très affaibli. En matière criminelle, la juridiction du père est exclue par celle du magistrat de la cité dans tous les cas où une accusation publique est dirigée contre le fils. Au VIIe siècle de Rome, cette accusation n'était admise qu'à titre subsidiaire, lorsque le chef de famille n'avait pas fait usage de son pouvoir de juridiction (3). Dès les premières années de notre ère, c'est l'inverse qui a lieu : la juridiction domestique n'est compétente que si l'affaire n'a pas été évoquée devant les tribunaux publics (4).

Le pouvoir de vie et de mort du chef de famille fut restreint par la loi Pompeia : il fut retiré au grand-père sur ses petits-enfants; au mari ou au père du mari sur sa femme ou sur sa belle-fille (5). La loi Julia *de adulteriis* l'a conféré dans certains cas au père de la femme *in manu* (6). Le père seul conserve ce

(1) Gaius, I, 107. Cf. Desserteaux, 71.
(2) Ulp., 26 ad Sab., D., I, 7, 15 pr.
(3) Val. Max., VI, 3, 8.
(4) Tac., *Ann.*, II, 50 (an. 17); XIII, 32 (an. 58). Suet., *Tib.*, 35 (an. 18).
(5) Marc., 14 Inst., D., XLVIII, 9, 1 pr.
(6) Pap., 1 de adult., D., XLVIII, 5, 22, 1, 2; Paul, *Collat.*, IV, 2, 3.

pouvoir jusque vers le début du IIIe siècle (1), mais avec des restrictions (2), et s'il en abuse, il s'expose à des poursuites criminelles ou tout au moins il est privé de son droit (3). Au IIIe siècle, le père n'a que le droit de correction ; il ne peut sévir plus rigoureusement sans l'avis du gouverneur de la province, sinon il est contraint à émanciper son fils (4).

Protecteur de la famille, le père ne peut négliger de remplir ses devoirs sans s'exposer à une poursuite *extra ordinem*.

Maître de maison, le père ne peut plus disposer des membres de sa famille comme d'un objet de propriété. Gaius constate que de son temps la mancipation volontaire des fils de famille avait lieu le plus souvent pour la forme. Le père ne peut donner en gage son fils ; le créancier qui l'accepterait encourrait la peine de la déportation (5). Le père ne peut non plus vendre son fils comme esclave. Quant à l'exposition des enfants, Paul propose de la punir comme le meurtre (6). Enfin, si un père rappelle sa fille dans la maison paternelle contre le gré de son mari, celui-ci peut la réclamer par l'interdit *de uxore ducenda* (p. 95).

III. Capacité juridique du fils de famille. — Aux premiers siècles, les membres de la famille étaient dans une dépendance étroite vis-à-vis de leur chef : la concentration des forces était une nécessité imposée par les exigences du régime agricole (I, 67). Le développement des relations d'affaires, du commerce et de l'industrie, fournirent aux fils et aux esclaves l'occasion d'affirmer leur talent personnel, leur esprit d'entreprise : ici l'individu apparaît au premier plan.

Le mouvement de réaction contre l'antique organisation de la famille se manifeste dès le début de l'Empire. Il modifie la situation du fils de famille soit quant aux droits relatifs au patrimoine, soit quant aux droits de famille; il acquiert une intensité particulière quant aux fils de famille militaires.

§ 1er. *Droits du patrimoine.* — Le fils de famille continue à aider le père dans ses travaux, mais il est souvent chargé de conclure des actes juridiques pour son père ou investi de missions de confiance comme *procurator, magister navis, institor,* administrateur d'un pécule. Cette façon nouvelle d'utiliser les services

(1) Paul, 2 ad Sab., D., XXVIII, 2, 11 : *Quos occidere licebat ;* Val., Gall., C., VIII, 47, 4; Diocl., IX, 1, 14; C. Th., IV, 3, 6 pr. ; IX, 15, 1.
(2) Ant. P., ap. Marc., D., XLIX, 16, 13, 6 ; Ulp., D., XLVIII, 8, 2.
(3) Hadr., ap. Marc., D., XLVIII, 9, 5; Trajan, ap. Pap., D., XXXVII, 12, 5.
(4) Alex., C., VIII, 46, 3 : Pap., *l. c. cit.*
(5) Gaius, I, 141 ; Diocl., C., IV, 10, 12; 43, 1; VIII, 17, 6.
(6) Carac., C., VII, 18, 1 ; Paul, V, 1, 1; II, 24, 10.

du fils n'a pas été sans influence sur sa condition sociale aussi bien que sur sa condition juridique :

1° Il acquiert une certaine indépendance surtout appréciable dans le cas où il est autorisé à faire le commerce ou à exercer une industrie pour son compte personnel, et à garder le produit de son travail comme un patrimoine distinct de celui du père.

2° La volonté du fils n'est plus indifférente aux yeux du droit : pour interpréter un contrat de vente conclu par un fils ou un esclave, on doit rechercher quelle a été la pensée du fils ou de l'esclave et non celle du père (1). Il en est de même pour l'acquisition de la possession dans l'intérêt du pécule (2).

3° On reconnaît au fils de famille la capacité de s'obliger par contrat et d'ester en justice comme défendeur (1, 192).

4° On fit plus encore : on lui permit d'ester en justice comme demandeur, bien qu'il n'eût pas de droit propre. *a*) Cette faveur fut d'abord accordée en matière de délits. Lorsqu'un tort a été commis par un tiers au préjudice d'un fils de famille, s'il y a urgence et que le père ne soit pas en état d'agir lui-même, on autorise le fils à exercer une action utile (3) en vertu d'un mandat présumé ; mais l'argent qu'il recevra sera acquis à son père.

b) Certaines actions sont accordées au fils *suo nomine :* l'action d'injures, l'interdit *quod vi aut clam* (4), les actions de dépôt et de commodat (5), la plainte d'inofficiosité. Sauf dans le dernier cas, le fils n'est autorisé à agir en justice que si le père est absent ou empêché (6). La jurisprudence a été plus loin et a permis au fils d'exercer l'action d'injures dans certains cas où le père n'est pas empêché d'agir (7), mais s'abstient de venger l'injure faite à son fils, ou bien encore lorsque le *procurator* du père peut être accusé de négligence, de collusion ou d'insuffisance.

(1) Pomp., 34 ad Q. Muc., D., XVIII, 1, 12. Il ne faut pas considérer le fils comme étant le porte-voix du père, ce que semble dire Justinien (Inst., III, 19, 4).

(2) Sab., Cass., Jul., ap. Paul, 54 ad Ed., D., XLI, 2, 1, 5.

(3) Cette dérogation à la règle : *Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet* (Paul, 9 ad Sab., D., XLIV, 7, 7) fut acceptée sur l'autorité de Julien (Paul, *l. c.* ; Ulp., 23 ad Ed., D., V, 1, 18, 1). Elle s'appuie sur un précédent admis par le Préteur pour l'action d'injures. Ulpien applique la même règle aux actions contractuelles, mais son opinion rencontrait des contradicteurs qui, sans doute à l'exemple de Scævola, accordaient seulement au fils un *extraordinarium judicium* (Ulp., 1 Disp., D., XII, 1, 17).

(4) Lab., ap. Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 24, 13, 1.

(5) Jul., ap. Paul, D., XLIV, 7, 9 ; Ulp., D., XVI, 3, 19. Cf. C. Civ., 1293.

(6) Ulp., 57 ad Ed., D., XLVII, 10, 17, 10. L'édit sur l'injure vise le cas où le père est absent et n'a pas de *procurator*. Il y avait un précédent dans la loi Cornelia *de injuriis* qui donne le droit de poursuite à la partie lésée sans distinguer si c'est ou non un chef de famille (Jul., ap. Ulp., 56 ad Ed., *eod.* 5, 7).

(7) Hadrien permet au fils d'intenter l'accusation d'adultère contre sa femme, malgré la volonté de son père (Pap., D., XLVIII, 5, 6, 2).

On lui permet également de renoncer à son action sans préjudice du droit appartenant au père (1).

Dans les cas où le fils est autorisé à agir *suo nomine*, on ne le considère pas comme titulaire du droit : on lui fournit simplement le moyen d'écarter les inconvénients qu'eût entraînés l'application de la règle qui réserve au père l'exercice de toutes les actions. Le fils pourra sans délai venger son honneur, réprimer la violence dont il a souffert, obtenir à première réquisition la restitution d'un dépôt, à l'expiration du délai convenu la remise de l'objet prêté à usage. Le droit d'action du fils a un caractère subsidiaire. Tout autre est la situation du fils par rapport à la plainte d'inofficiosité : ici le droit lui appartient en propre et le père ne peut le faire valoir qu'au nom de son fils et avec son assentiment (2). Si la *querela* est traitée autrement que l'action d'injures, c'est qu'au fond il s'agit de la violation d'un devoir fondé sur la parenté : la *querela* est donnée au fils en raison du lien qui l'unit au testateur; mais l'émolument de la succession appartiendra au père, conformément au droit commun.

Les droits, qui étaient acquis au père en considération du fils, n'étaient pas traités comme faisant partie de son patrimoine : ils s'éteignaient au décès du père. Exception était faite lorsqu'il y avait intérêt à conserver au fils le bénéfice de ces droits, par exemple pour l'action d'injures : le fils émancipé, institué pour partie, exhérédé ou qui s'est abstenu, en conserve l'exercice à l'exclusion des héritiers du père (3). De même on lui conserve le bénéfice des actes dont la réalisation a été reportée au moment de l'extinction de la puissance paternelle (4).

c) Il y a certains droits qui passent au fils à défaut d'une vocation héréditaire : tels sont ceux qui résultent d'une donation qui lui a été faite par son père alors qu'il était encore en puissance. Cette donation devrait être nulle; c'est comme si le père se donnait à lui-même. Mais vers le milieu du IIIe siècle, on la considéra comme valable si la volonté de donner avait persisté jusqu'à l'extinction de la puissance paternelle; on trans-

(1) Ulp., *eod.*, 17, 13 et 15; Gaius, 1 ad Ed. prov., D., II, 14, 30 pr.

(2) Pap., ap. Ulp., 14 ad Ed., D., V, 2, 8 pr.

(3) Jul., ap. Ulp., D., XLVII, 10, 17, 22. Il en est de même de l'action *furti* donnée au fils en raison d'un vol dont il aurait été victime du vivant de son père, de l'action *mandati contraria* donnée au fils comme action utile en raison d'un mandat accepté durant la puissance paternelle, mais exécuté après son extinction (Ulp., D., XVII, 1, 12, 6). Cette action serait refusée au père (Jul., ap. Afric., D., XXVIII, 5, 46).

(4) Celsus, contrairement à Servius et à Labéon, accorde au père, même exhérédé, le droit de réclamer la dot constituée à sa fille par le grand-père, parce que c'est en sa considération que la dot a été donnée (10 Dig., D., XXXVII, 6, 6. Cf. p. 82, 4).

forma cette donation en une donation à cause de mort (1).

§ 2. *Droits de famille.* — La situation du fils de famille est à plusieurs égards modifiée : 1° sa volonté est un élément essentiel à la formation de son mariage (I, 209, 1-2) ; le consentement du père n'est plus qu'une condition de validité ; 2° le consentement du fils est nécessaire pour le mariage ou pour l'adoption d'un petit-fils *quasi ex filio natus;* 3° le fils de famille peut avoir la *manus* sur sa femme ; 4° le devoir de protection qui anciennement incombait au chef de la famille, est désormais imposé au fils vis-à-vis de ses enfants : le fils de famille est tenu de les défendre en justice ; il doit aussi doter sa fille (2).

Le fils de famille chargé d'une tutelle reste tuteur malgré son émancipation : c'est une conséquence de la doctrine nouvelle qui considère la tutelle comme une charge publique. La *capitis deminutio minima* n'a aucune influence : le fils sera tenu de l'action directe de tutelle pour la gestion postérieure à l'émancipation (3).

§ 3. *Fils de famille militaire.* — La personnalité du fils de famille se dégage ici plus nettement : quant à son pécule militaire, le fils *vice patrisfamilias fungitur* (4). Le point de départ de cette doctrine est dans une constitution d'Auguste, qui accorda aux fils de famille militaires le droit de disposer par testament de ce qu'ils auraient acquis au service. Cette disposition, renouvelée par Titus, Domitien et Nerva, devint permanente à partir de Trajan (5). Elle fut admise d'autant plus aisément qu'il ne s'agissait pas d'une acquisition normale de la propriété : on ne pouvait sans exagération invoquer ici le principe que le fils est un instrument d'acquisition pour son père.

Hadrien a étendu ce privilège : 1° il l'accorde aux vétérans qui ont reçu un congé honorable ; 2° il y joint le droit d'affranchir entre vifs les esclaves dépendant du pécule (6). Plus tard, il attribue au fils sur cet affranchi les droits de patronat (7) ;

(1) Sev., Car., *Vat. fr.*, 295 (an. 210). Val., Gall., C. Greg., III, 6, 2 : *Juxta formam constitutam .. indubitati juris est* (an. 260) ; III, 29, 2 (an. 256).

(2) Jul., ap. Ulp., D., III, 3, 8 pr. ; XLVII, 10, 17, 18. Cels., D., XXXVII, 6, 6.

(3) La question fut souvent débattue entre Sabiniens et Proculiens (Pap., 11 Quæst., D., XXVI, 7, 37, 2). Les Sabiniens tournaient la difficulté par un procédé analogue à celui qu'ils employaient pour les legs de rente viagère : au lieu de considérer la gestion comme formant un seul tout, ils la décomposaient en autant d'actes distincts de gestion qu'il y avait d'opérations faites par le tuteur (Pap., *eod.*, 37 pr.). Julien a écarté cet expédient (ap. Ulp., 35 ad Ed., D., XXVII, 3, 11).

(4) Ulp., 64 ad Ed., D., XIV, 6, 2 ; 10 ad Sab., D., XXVIII, 3, 6, 13.

(5) Ulp., XX, 10 ; 45 ad Ed., D., XXIX, 1, 1 pr.

(6) Inst., II, 12 pr. Tryph., 18 Disp., D., XLIX, 1, 7, 19, 3.

(7) Ap. Marc., 1 Inst., D., XXXVIII, 2, 22.

3° il accorde au fils le droit de tester sur l'hérédité que sa femme lui a laissée par testament (1). On en fit autant au IIIe siècle pour tous les biens acquis par le fils à l'occasion du service : donations mobilières reçues en entrant au service, libéralités de toutes sortes faites durant le service par ses parents ou ses cognats, successions de ses compagnons d'armes. L'ensemble de ces biens forme le *peculium castrense*.

Appuyée sur les dispositions qui précèdent, la jurisprudence a cherché à déterminer la situation respective du père et du fils relativement à ce pécule. De ce que le fils a le droit de tester sur son pécule, elle a conclu : 1° que le père ne pourrait lui enlever ni l'administration ni la jouissance des biens qui le composent, ni les aliéner, ni troubler la possession du fils (2) ; 2° que les créanciers du père ne pourraient les saisir (p. 131, 5) ; 3° que les frères du militaire ne pourraient exiger de lui l'apport du pécule à la succession paternelle (3).

En présence des restrictions apportées au droit du père, on se demanda s'il fallait toujours le regarder comme propriétaire des biens composant le pécule (4). Marcellus n'hésita pas à déduire la conséquence logique du rescrit d'Hadrien, qui refuse au père les droits de patronat sur l'affranchi de son fils ; il traite le père comme un étranger, par rapport au pécule militaire. Il lui permet en effet de servir de témoin pour le testament de son fils (5). Papinien caractérise la situation du fils en disant : *Duplex jus sustinet, patris et filiifamilias*. Les jurisconsultes postérieurs, acceptant cette manière de voir, traitent le fils de famille militaire comme un *paterfamilias* relativement à son pécule; ils considèrent le pécule *quasi proprium patrimonium* (6). Mais la

(1) Ap. PAP., 13 Quæst., D, XLIX, 17, 13. ; 19 Resp. *eod.*, 16 pr.
(2) INST., II, 12 pr. Cf. PAP., *l. c.*, 12 ; ULP, D., XXVIII, 3, 6, 13.
(3) ULP., 40 ad Ed., D., XXXVII, 6, 1, 15.
(4) Julien considère les *res castrenses* et les *ceteræ res* comme deux patrimoines distincts (ap. GAIUS, 18 ad Ed. prov., D., XXIX, 1, 17, 1). Pourtant il maintient le droit du père au patronat de l'affranchi de son fils : il admet seulement que, durant la vie du père, le fils sera préféré sur les biens de l'affranchi (27 Dig., ap. MARC., 1 Inst., D., XXXVIII, 2, 22). Volusius Mæcianus est également d'avis que le père est propriétaire du pécule militaire : il compare sa situation à celle du mari par rapport au fonds dotal, à celle du prodigue quant à son patrimoine (1 Fid., D., XLIX, 17, 18, 2 et 3). La comparaison avec le mari n'était pas exacte, car le père n'a pas l'administration du pécule et ne peut pas plus aliéner les meubles que les immeubles. Plus juste était la comparaison avec le prodigue interdit qui n'a ni l'administration ni la disposition de ses biens. Mais Volusius reconnait au père le droit de faire tout acte visant l'avenir, s'il n'est pas préjudiciable à son fils (*Ibid.*, 18, 1).
(5) Ap. ULP., D., XXVIII, 1, 20, 2. Gaius (II, 106) était d'un avis différent.
(6) PAP., *l. c.*, 15, 3; ULP., 11 ad Ed., D., IV, 4, 3, 10. En conséquence, le fils peut aliéner entre vifs les biens composant le *peculium castrense* (ALEX., C., XII, 36, 2), emprunter de l'argent sans crainte du Sc. Macédonien (ULP., D., XIV, 6, 2),

puissance paternelle est plutôt suspendue qu'éteinte quant au pécule militaire (1) : si le fils n'use pas de son droit de tester, son pécule rentrera, à sa mort, dans le patrimoine paternel (2).

IV. Extinction de la puissance paternelle. — En principe, le chef de famille conserve la puissance paternelle tant qu'il est vivant et capable. Ni l'âge, ni les dignités, sauf celles de flamine de Jupiter ou de Vestale (I, 164), ne peuvent soustraire l'enfant à la puissance de son père La femme mariée elle-même y reste soumise, lorsqu'elle n'est pas sous la *manus* de son mari.

Régulièrement la puissance paternelle s'éteint par la mort ou la *capitis deminutio* du chef de famille ou de son fils. Elle reste en suspens si l'un ou l'autre est captif, elle revit par l'effet du *postliminium* si le captif revient à Rome. Si le père meurt en captivité, le fils est réputé *sui juris* depuis le jour où son père a été fait prisonnier (3).

La puissance paternelle s'éteint aussi, comme dans l'ancien droit, soit à titre temporaire par la mancipation du fils (I, 176-178), soit à titre définitif par son émancipation (I, 179-181). Mais, en droit classique, la mancipation ne sert plus à tirer profit des services du fils (I, 177, 3) : elle est usitée soit comme acte de pure forme pour réaliser une adoption ou une émancipation, soit pour faire un abandon noxal (I, 373, 3).

Quant à l'émancipation, si elle n'a pas été modifiée quant à la forme (I, 179, 2) (4), elle présente un caractère nouveau : ce n'est plus une peine infligée au fils (I, 180, 2), c'est un acte fait dans son intérêt. Elle a si bien perdu son caractère primitif

accepter une hérédité qui lui est dévolue *ex causa castrensi* (Ulp., 6 ad Sab., D., XLIX, 17, 5), devenir créancier ou débiteur de son père à l'occasion de son pécule (Pap., 33 Quæst., *eod.*, 15, 1-2 ; Gaius, 1 ad Ed. prov., D., V, 1, 4), tester librement sans que son père puisse élever la plainte d'inofficiosité (Diocl., C., III, 28, 24).

(1) Pap., 27 et 33 Quæst., *eod.*, 14, 1 ; 15, 3.

(2) Ulp., 67 ad Ed., *eod.*, 2; Pomp., 2 Sc., D., XXXVIII, 17, 10 pr. Ulpien parle plusieurs fois d'un *peculium quasi castrense* qu'il assimile au pécule militaire (Ulp., 39 et 40 ad Ed., D., XXXVII, 1, 3, 5; 6, 1, 15; 3 fid., D., XXXVI, 1, 1, 6; 44 ad Sab., D., XXXIX, 5, 7, 6). Si les textes n'ont pas été interpolés, il est vraisemblable que jusqu'à Constantin, ce pécule fut restreint au personnel subalterne des magistrats, personnel qui était à cette époque composé de soldats. Lorsqu'ils étaient fils de famille, on leur permit de disposer des biens acquis au service de l'Etat. Il parut injuste de les priver du privilège dont ils auraient joui s'ils n'avaient pas été détachés à un emploi civil. Une extension analogue fut admise par les empereurs au profit des magistrats (*præsides*, *legati*) morts en temps de guerre sur le territoire ennemi : on leur donna le droit de tester *jure militari* (Ulp., 45 ad Ed., D., XXXVIII, 17, 10 pr.).

(3) Jul., 62 Dig., D., XLIX, 15, 22, 2. La question était discutée (Gaius, I, 129).

(4) Au IIIe siècle, on admet une sorte d'émancipation tacite résultant de ce que le père a laissé son enfant vivre *ut paterfamilias quasi jure emancipatus* (Ulp., 5 op., D., I, 7, 25 pr. ; Carac., C., VIII, 46, 1).

qu'elle est subordonnée au consentement du fils, tout au moins on exige qu'il n'y fasse pas d'opposition (1). Il y a même certains cas où le père est forcé d'émanciper son fils, par exemple lorsqu'il le maltraite, lorsqu'il a été institué héritier sous la condition de l'émanciper, lorsqu'un adrogé impubère atteint l'âge de la puberté (2).

En raison du caractère nouveau de l'émancipation, le Préteur a relevé le fils émancipé de la déchéance qu'il encourait par rapport à la succession paternelle (I, 180, 3) : il corrige cette *juris iniquitas* en lui accordant des droits équivalents à ceux que la *capitis deminutio* lui a fait perdre. De même la jurisprudence a fait admettre que l'émancipé garderait son pécule à titre de donation, si on ne le lui a pas retiré expressément (3).

V. Protection de la puissance paternelle. — Aux premiers siècles, la puissance paternelle était sanctionnée par la revendication (I, 173, 1) : le droit du père sur ses enfants était de même nature que le droit de propriété. A l'époque classique, où ces droits sont distincts, la revendication n'est possible que dans la forme de l'action de la loi par serment et avec l'addition d'une clause indiquant la nature spéciale du droit prétendu (4). A côté de la revendication, le Préteur a établi des modes de protection très variés : 1° un *præjudicium*, c'est-à-dire une formule sans *condemnatio*, pour faire constater judiciairement le droit de puissance paternelle (5) ; 2° un interdit *de liberis exhibendis* pour faire remettre au père l'enfant indûment retenu par un tiers ; 3° un autre interdit *de liberis ducendis*, pour défendre de faire violence au père qui veut emmener son fils chez lui ; 4° enfin le Préteur peut retenir l'affaire et statuer *extra ordinem*, par exemple lorsque le fils prétend qu'il n'est pas soumis à la puissance paternelle (6), lorsque la mère demande à garder l'enfant en raison de la mauvaise conduite du père (7), lorsque le fils est impubère et qu'il y aurait des inconvénients à différer le procès jusqu'à sa puberté (8). En attendant qu'il soit statué, le Préteur

(1) Paul, II, 25, 5.
(2) Paul, IV, 13, 1. Cf. Tryph., D., XXVII, 10, 16, 2; Marc., D., I, 7, 33.
(3) Gaius, III, 25-26; *Vat. fr.*, 260.
(4) Pomp., ap. Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 1, 1, 2 : *Nisi forte adjecta causa quis vindicet.* Gaius (I, 134) montre en quoi consiste l'*adjectio causæ : Is qui adoptat, vindicat apud Prætorem filium suum esse.*
(5) La formule pétitoire ne trouve pas ici d'application, parce que le droit du père n'est pas susceptible d'estimation pécuniaire (Marc., 8 Inst., D., XXX, 114, 8).
(6) Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 30, 3, 3; Paul, 18 ad Plaut., D., XXII, 3, 8.
(7) P. 79, 10. Si l'on avait eu recours à un interdit, la mère aurait une exception (Ulp., *eod.*, 1, 3).
(8) Jul., ap. Ulp., *eod.*, 3, 4; Ulp., *eod.*, 1, 6.

ordonne, s'il y a lieu, que l'enfant soit remis à une personne de confiance.

IV

LA PUISSANCE DOMINICALE.

L'esclavage résulte de la guerre, de la naissance d'une mère esclave (I, 181) (1), ou des faits qui entrainent la perte de la liberté (p. 7). La situation de l'esclave a été modifiée soit par la loi, soit par la jurisprudence : la loi a protégé l'esclave contre l'abus de pouvoir de son maître et lui a facilité les moyens d'acquérir la liberté; la jurisprudence a dégagé sa personnalité juridique : elle en a fait dans une certaine mesure un sujet de droit.

I. Protection légale des esclaves. — A l'époque antique, les esclaves étaient peu nombreux; le pouvoir du maître sur l'esclave était contenu par les mœurs (I, 166). Aux derniers siècles de la République, le nombre des esclaves s'est considérablement accru (I, 167, 7) : c'est par centaines qu'on les compte dans les maisons riches (2). Le luxe raffiné de la ville, l'étendue des exploitations agricoles, le développement des diverses branches de l'économie rurale, ont créé des besoins multiples qui ne peuvent être satisfaits sans l'aide d'un nombreux personnel (3) (*familia urbana*, *familia rustica*) (4). La plupart de ces esclaves n'ont plus, comme autrefois, de rapport direct avec le maître (I, 167, 6) : ils ne comptent à ses yeux que pour leur valeur marchande (5). D'ailleurs ces esclaves, venus de Gaule, d'Asie (6) ou d'Afrique (7), diffèrent de leurs maîtres par la race, la reli-

(1) Deux exceptions ont été temporairement admises : l'une par le Sc. Claudien (Gaius, I, 84), l'autre par une *lex* citée par Gaius (I, 85. Cf. Voigt, *Rg.*, II, 478). Elles ont été abrogées, l'une par Hadrien, l'autre par Vespasien. Voir p. 23, 8.

(2) En 61, le préfet de la ville avait dans sa maison de Rome quatre cents esclaves (Tac., *Ann.*, XIV, 43). En 746, un affranchi en avait sur ses terres plus de quatre mille (Plin., *H. n.*, XXXIII, 135). Athénée (VI, 104, p. 272 *d*) parle de dix mille et même de vingt mille esclaves chez un seul maitre. D'après Horace (*Sat.*, I, 3, 12), dix esclaves sont un minimum. Cf. *Sat.*, I, 6, 116; II, 7, 118).

(3) Cic., *in Pis.*, 27, 67 : *Nihil apud hunc lautum, nihil elegans, nihil exquisitum ; ... servi sordidati ministrant, nonnulli etiam senes; idem coquus, idem atriensis, pistor domi nullus.*

(4) Pomp., 6 ad Sab., D., L, 16, 166 pr.; Paul, D., XXXII, 99 pr.

(5) Sénèque a essayé de réagir contre cette tendance. Voir sa belle lettre à Lucilius: *Servi sunt? Immo homines... Servus est? sed fortasse liber animo.* Dans Plaute (*Asin.*, II, 4, 84), un esclave dit à un homme libre : *Tam ego homo sum quam tu.*

(6) J. César réduisit en esclavage un million de soldats Gaulois (App. *de b. Gall.*, 2; Plut., *Cæs.*, 15). Des milliers d'esclaves se vendaient sur le marché de Delos (Strab., XIV, 4, 2). Autres marchés à Tanaïs (Strab. XI, p. 493); Byzance (Polyb., IV, 38, 4); Sidé en Pamphylie (Strab., XIV, 3, 2). Cf. Mart., VII, 30.

(7) Expos. tot. mundi, 60; *C. I. L.*, VI, 7582; Sen., *Ep.*, 123, 6 ; Mart., X, 13, 2.

gion et les mœurs. Souvent même, ce sont des barbares : les Romains les regardent avec dédain, comme des êtres d'une race inférieure. Alors se produisent les abus dont l'histoire a gardé le souvenir : pour la moindre faute, un Vedius Pollio fait jeter à l'eau des esclaves et les donne en pâture à ses murènes (1).

La loi dut intervenir et, pour protéger l'esclave, limiter les pouvoirs du maître. Au début de l'Empire, une loi Petronia (2), complétée sous Hadrien par un Sc., défendit aux maîtres de livrer les esclaves pour combattre contre les bêtes, sinon à titre de peine et avec l'autorisation du magistrat. Un édit de Claude applique la peine de l'homicide au maître qui tue son esclave infirme ou malade; Hadrien supprime les *ergastula* (3) ; sous son règne, un Sc. retire aux maîtres le droit de punir les crimes graves commis par leurs esclaves : l'instruction doit être confiée au préfet de la ville (4) ou, si elle est faite par le maître, il doit livrer l'esclave au préfet des vigiles pour l'exécution de la peine (5). Antonin le Pieux punit le maître qui tue son esclave, comme s'il avait tué un citoyen (6). D'autres dispositions ont pour but de restreindre le droit de propriété du maître sur son esclave (7).

Pour rendre efficace la protection accordée à l'esclave, un magistrat fut chargé, tout au moins depuis Néron (8), de recevoir les plaintes des esclaves contre leurs maîtres (9) : le préfet

(1) Cic., *p. Cluent.*, 66; Suet., *Calig.*, 32; Sen., *de ira*, III, 3, 40.

(2) Mod., 6 Reg., D., XLVIII, 8, 11, 2. Cette loi est vraisemblablement la même que la loi Junia Petronia de 772. Voir notre article lex (*Dict. des Antiq.*, V, 1151). Contra : Voigt, II, 474, 19.

(3) Suet., *Claud.*, 25; Spart., *Hadr.*, 18. Cf. sur les *ergastula*, Colum., I, 8, 16; XI, 1, 22; Sen., *de ira*, III, 32, 1; Juv., VIII, 179; XIV, 24.

(4) Spart., *eod.*; Mod., *eod.* Cf. Ulp., 30 ad Ed., D., XIII, 7, 24, 3.

(5) Pomp., 22 ad Sab., D., XII, 4, 15.

(6) Gaius, I, 53. La même peine est encourue par celui qui tue l'esclave d'autrui.

(7) Un édit de Claude accorde la liberté à tout esclave infirme ou malade abandonné par son maître dans l'île d'Esculape, au milieu du Tibre, aux soins de la divinité (Suet., *Claud.*, 25; Mod., 6 Reg., D., XL, 8, 2; C., VII, 6, 1, 3. Cf. Dio Cass., XXXIX, 24; IX, 29; Suid., v° Κλαύδιος). Un Sc. de l'an 87 et un rescrit d'Hadrien défendent au maître, sous une peine sévère, de faire subir des mutilations à ses esclaves (Suet., *Domit.*, 7; Venul., 1 de off. proc., D., XLVIII, 8, 6; Marc., *eod.*, 3, 4; Paul, *eod.*, 5. Cf. Hadr., ap. Ulp., D., I, 6, 2, 1). Un Sc. d'Hadrien interdit de vendre un esclave à un entremetteur ou à un entrepreneur de jeux de gladiateurs (Spart., *Hadr.*, 18). Antonin le Pieux prescrit aux gouverneurs de province de forcer les maîtres trop cruels à vendre leurs esclaves (Ulp., 8 de off. proc., *Collat.*, III, 3, 1-3). Une règle analogue existe dans le droit grec (Meier, Schömann, *Att. Proz.*, 2e éd., p. 625). Marc-Aurèle et Verus obligent le maître à affranchir son esclave lorsque celui-ci prouve qu'il a été racheté de ses propres deniers (Ulp., 6 Disp., D., XL, 1, 4 pr.; Marc., 2 Inst., *eod.*, 5 pr.).

(8) Sen., *De ben.*, III, 22, 3.

(9) La jurisprudence a étendu à l'esclave grevé d'un usufruit ou aliéné fiduciairement la protection légale contre les mauvais traitements (Sab., Cass., ap. Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 1, 23, 1; Ulp., 30 ad Ed., D., XIII, 7, 24, 3).

de la ville à Rome, le gouverneur dans les provinces (1). C'est une atteinte grave portée à l'indépendance du chef de famille, c'est aussi un changement profond dans la situation de l'esclave : la tendance est de le traiter comme un homme libre. L'esclave, accusé d'un crime, est justiciable du préfet de la ville ; un Sc. de l'an 20 lui donne les garanties de procédure dont jouit tout citoyen (2). C'est ainsi que la loi devint le correctif des mœurs. Les empereurs justifient leurs empiétements sur les pouvoirs des chefs de famille par l'intérêt de l'État qui exige que le propriétaire n'abuse pas de sa chose. Ils s'inspirent aussi sans aucun doute des sentiments d'humanité qui apparaissent dans les écrits des philosophes stoïciens (3) et qui se sont développés sous l'influence latente du christianisme.

II. Personnalité juridique des esclaves. — La jurisprudence ne s'est pas contentée d'interpréter dans le sens le plus large les dispositions destinées à protéger les esclaves ; elle a reconnu aux esclaves une personnalité juridique.

1° L'esclave qui contracte avec son maître est tenu d'une obligation naturelle (4) ; 2° il en est de même s'il a contracté avec un tiers et qu'il vienne à être affranchi (5) ; 3° il peut devenir membre d'une corporation avec l'autorisation de son maître (6). Cette autorisation lui confère la capacité de faire certains actes : payer les cotisations, fournir toute autre prestation prévue par les statuts, disposer par testament de son *funeraticium* (7) ; 4° contrairement à la règle *cognatio servilis nulla est,* la jurisprudence attribue, après l'affranchissement, des effets juridiques à la parenté formée en état d'esclavage : elle constitue un empê-

(1) Ulp., de off. pr. urbi, D., I, 12, 1, 1 ; Ant. P., ap. Ulp., 8 de off. proc., *Collat.*, III, 3, 3. Ce magistrat, institué par Auguste, eut pour mission première de *coercere servitia* (Tac., *Ann.*, VI, 11. Cf. Vigneaux, *Essai sur l'histoire de la* præfectura urbis *à Rome,* 1896, p. 178). Septime Sévère chargea spécialement le préfet de la ville de protéger la pudeur des esclaves (Ulp., D., I, 12, 1, 8). Depuis longtemps déjà, la clause *ne prostitueretur et si prostituta esset, ut esset libera*, imposée à l'acheteur d'une esclave, était irrévocable (Vespas., D., XXXVII, 14, 7 ; Hadr., C., IV, 56, 1).

(2) Ap. Venul., 2 jud. pub., D., XLVIII, 2, 12, 3.

(3) Gaius, I, 53. Sen., *Ep.*, 47 ; *De ben.*, III, 20 ; *De clem.*, I, 8. Macr., *Sat.*, I, 11 ; 95, 33 : *Homo res sacra homini ;* Epict., fr., 43. Cf. Wallon, *Histoire de l'esclavage*, 2e éd., III, 31 ; Trincheri, *Archiv. giur.*, 1888, XL, 3 ; De Crescenzio, *Att. dell' Accad. di sc. mor. di Napoli*, 1891, XXIV, 505.

(4) Pomp., 4 ad Q. Muc., D., XV, 1, 49, 2.

(5) Jul., ap. Afr., 7 Quæst., D., XLVI, 1, 21, 2 ; Paul, 10 ad Sab., D., XII, 6, 13 pr. ; Tryph., 7 Disp. *eod.*, 64 ; Ulp., D., XLIV, 7, 14 ; Pap., D., XV, 1, 50, 2.

(6) Cic., *in Pis.*, 4, 9 ; *C. I. L.*, II, 2229 ; X, 6637 f. ; XI, 1356. Marc., 2 jud. pub., D., XLVII, 22, 3, 2.

(7) *C. I. L.*, XIV, 2112, *col.* II, 1. Cf. notre article sur les *Collèges funéraires* (*Dict. des Antiq.*, IV, 1403, 1 et 28).

chement à mariage; elle donne lieu à l'application de l'édit sur l'*in jus vocatio*, de la règle d'après laquelle l'enfant suit la condition de sa mère (1), elle donne naissance à l'obligation alimentaire. Enfin on applique aux esclaves, par voie d'analogie et même avant l'affranchissement, la loi Pompeia sur le parricide (2) ; 5° la validité du legs fait à un esclave s'apprécie *ex persona servi,* sauf quant à la *testamenti factio* (3) : on ne peut léguer à l'esclave d'autrui que ce qu'il pourrait acquérir s'il était libre; 6° l'esclave peut agir en justice contre son maître pour obtenir son affranchissement en cas de fidéicommis ou de *redemtio suis nummis* (4). Il peut même agir au criminel et accuser son maître d'avoir supprimé un testament qui lui donne la liberté, d'avoir fabriqué de la fausse monnaie ou fraudé l'annone (5).

Telle est la condition du *servus privatus* soumis à la puissance dominicale. Mais il y a deux autres classes d'esclaves : l'esclave sans maître et l'esclave public.

Un esclave sans maître est un esclave abandonné (*derelictus*) ou un condamné à mort, aux travaux forcés ou aux bêtes (*servus pœnæ*) (6). Cet esclave ne peut ni contracter ni être institué héritier (7), car il n'a personne à qui il puisse emprunter la capacité nécessaire. Mais, par une raison d'humanité, on lui a reconnu la capacité de recevoir un legs d'aliments (8).

L'esclave public appartient à l'État : il est ordinairement affecté au service des magistrats ou employé dans l'administration. Au point de vue juridique, il est dans une position plus favorisée que tout autre esclave : il peut disposer par testament

(1) Lab., ap. Ulp., 5 ad Ed., D., II, 4, 4, 3; Ulp., 27 ad Sab., D., I, 5, 24.
(2) Ulp., 2 de off. cons., D., XXV, 3, 5, 16; Ven., D., XLVIII, 2, 12, 4.
(3) Valens, Jul., ap. Paul, D., XXXI, 82, 2 ; Pap., D., XXXIII, 3, 5.
(4) C'est une convention par laquelle l'esclave s'engage à remettre à une personne de confiance (même à un pupille ou à un esclave : Ulp., 6 Disp., D., XL, 1, 4, 8) l'argent nécessaire pour l'acheter à son maître et lui donner ensuite la liberté. Cette convention n'a par elle-même aucune valeur juridique ; l'acheteur n'est qu'un *imaginarius emtor*. Mais Marc-Aurèle et Verus autorisent l'esclave à citer son maître fictif devant le préfet de la ville ou le gouverneur de la province pour obtenir l'exécution de sa promesse (Marc., 2 Inst., D. XLVIII, 10, 5).
(5) Herm., 1 jur. ep., D., V, 1, 53; Marc., *l. c.*, 7; 12, 1.
(6) Rescr. Pii, ap. Ulp., 8 ad Sab., D., XXIX, 2, 25, 3. C'était aussi un esclave héréditaire avant l'introduction de la théorie de l'hérédité jacente. Ce peut être également un esclave grevé d'usufruit, mais affranchi par le nu propriétaire (Ulp., I, 19).
(7) Jav., 14 *Ep.*, D., XLV, 3, 36; Marc., 1 Inst., D., XLVIII, 19, 17 pr. ; Gaius, D., XXVIII, 1, 8, 4. Par exception, Hadrien conserve aux soldats condamnés pour un délit militaire la faculté de tester (Ulp., D., XXVIII, 3, 6, 6).
(8) Paul, 10 Quæst., D., XXXIV, 1, 22.

de la moitié de son pécule (1). Mais il a moins de chance d'être affranchi (2).

III. Le pécule. — Le pécule n'est plus seulement le fruit de l'épargne d'un esclave (3) ou d'un fils de famille (I, 195) : c'est un ensemble de biens dont le maître confie la gestion à son esclave ou à son fils et qu'ils administrent pour leur compte.

La concession d'un pécule modifie la situation du fils ou de l'esclave au point de vue social et au point de vue juridique : elle assure leur indépendance économique (4), elle leur confère une personnalité juridique; au lieu d'avoir une capacité d'emprunt, ils deviennent, dans de certaines limites, des sujets de droit. C'est là une grave innovation par rapport au droit antérieur : la jurisprudence l'a réalisée en donnant au pécule le caractère d'un patrimoine distinct de celui du père, et appartenant en fait (5) au fils ou à l'esclave. C'est une des constructions les plus remarquables du droit romain.

§ 1er. *Notion du pécule.* — Deux faits ont conduit les Prudents à s'occuper des pécules : l'usage de léguer le pécule (6) et surtout l'Edit autorisant les créanciers, qui traitaient avec le fils ou l'esclave, à poursuivre le père jusqu'à concurrence de la valeur du pécule. Dans ces deux cas, il était nécessaire de définir le pécule, d'en fixer la composition, de décider s'il fallait y comprendre les créances de l'esclave contre son maître et en déduire les sommes dont il était débiteur. La question fut résolue par un contemporain de Cicéron : d'après Q. Ælius Tubero, le pécule comprend les valeurs que l'esclave est autorisé par son maître à posséder séparément, déduction faite des dettes dont il peut être tenu envers lui ou envers les personnes placées sous sa

(1) Ulp., XX, 16; *C. I. L.*, VI, 2254.

(2) Il y a des exemples sous la République, mais pour l'Empire on n'en connaît qu'un (*C. I. L.*, VI, 2340). Cf. Mommsen, I, 368.

(3) *Pusilla pecunia*, D., XV, 1, 5, 3. L'esclave a bien plus d'occasions qu'autrefois pour faire des économies : son maître l'autorise à louer ses services pour son propre compte (et non comme *usurarius*, I, 629, 4), à charge de lui payer une somme fixe; il lui loue un fonds de terre à charge de le cultiver, moyennant une *merces*, *ut extranei solent*, et non au compte du maître (*fide dominica*) (Alf., 2, 4 Dig., D., XL, 7, 14 pr. ; XV, 3, 16. Lab., Pegas., ap. Ulp., 20 ad Sab., D., XXXIII, 7, 12, 3; Scæv., *eod.*, 20, 1. Cf. *Veteres*, ap. Marc., *eod.*, 40, 1).

(4) On jugera de l'importance de certains pécules par quelques exemples : un oculiste paya, pour obtenir son affranchissement, 60,000 sesterces (Orelli, 2983); un esclave de Tibère, *dispensator ad fiscum Gallicum* de la Lyonnaise, avait près de lui, à son décès à Rome, 16 esclaves *vicarii* (*C. I. L.*, VI, 5197); sous Trajan, les carrières de porphyre d'Egypte étaient affermées à un esclave (*C. I. Gr.*, 4713).

(5) Il y a un cas où le pécule du fils est considéré en droit comme son patrimoine : d'après une constitution de Claude, si les biens du père sont saisis par le fisc, on ne peut toucher au pécule (Ulp., 11 ad Ed., D., IV, 4, 3, 4 *in fine*).

(6) Treb., ap. Lab., 2 Post., D., XXXIII, 8, 22, 1.

puissance (1). Dès lors le pécule n'est plus une simple collection d'objets corporels : c'est une sorte de patrimoine (2).

1° Comme le patrimoine, il est attaché à la personne de son titulaire : il prend fin à sa mort (3). Mais en cas d'émancipation ou d'affranchissement entre vifs, il se tranforme de plein droit en patrimoine par cela seul qu'il n'est pas retiré (4). 2° Il comprend un actif (5) et un passif (6). 3° Son existence est indépendante des variations qu'il subit dans sa composition. Serait-il réduit à rien, l'action *de peculio* n'en est pas moins susceptible d'être exercée (7) : c'est la conséquence extrême de la notion du pécule, et la preuve qu'il ne se confond pas avec les éléments qu'il renferme. Papirius Fronto le compare à un organisme vivant, à un être humain qui naît, croît, décroît et meurt (8). 4° L'esclave ne peut avoir qu'un pécule, de même que le *paterfamilias* ne peut avoir qu'un patrimoine. L'unité du pécule est admise soit pour l'esclave qui appartient par indivis à deux maîtres (9), soit pour l'esclave grevé d'un usufruit (10) ou pour l'esclave dotal (11).

(1) Cels., ap. Ulp., 29 ad Ed., D., XV, 1, 5, 4 : *Peculium Tubero... sic definit : quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.* Serv., ap. Ulp., *eod.*, 9, 3.

(2) Paul, 4 ad Plaut. *eod.*, 47, 6 : *Quasi patrimonium liberi hominis peculium servi intelligitur.* Il en était ainsi dès le temps de Cicéron : pour la détermination de la valeur du pécule, Servius présente comme une règle certaine la déduction de ce qui est dû au chef de famille. Le pécule comprenait donc alors un actif et un passif. Il dut y avoir plus de difficulté pour réaliser la vente ou le legs *per vindicationem* d'un esclave avec son pécule (Plaut., *Trin.*, II, 4, 31 ; Varr., *R. r.*, II, 10), le legs de pécule à un esclave affranchi ; il s'agissait de transmettre les créances et les dettes, d'appliquer un legs *p. v.* à des droits non susceptibles de dation. Les jurisconsultes postérieurs trouvèrent le moyen de lever ces difficultés (Paul, 4 ad Sab. D. XXXIII, 8, 5 ; Pap., 7 Resp. *eod.*, 19, 1 ; Marc., 6 Inst., *eod.*, 18).

(3) Pomp., 4 ad Q. Muc., D., XV, 2, 3.

(4) *Vat. fr.*, 260, 261 ; Paul, 11 Quæst., D., XV, 1, 53.

(5) Dans l'actif figurent toutes les valeurs qui comptent dans un patrimoine, mais rien que ces valeurs : l'argent reçu en dépôt est exclu (Jul., ap. Afr., 8 Quæst., *eod.*, 38 ; Jav., 14 Ep., D., XLI, 2, 24).

(6) Ulp., D., XV, 1, 7, 4 ; Lab., *eod.*, 7, 5 ; 25 ad Sab., D., XXXIII, 8, 6, 1.

(7) Proc., Pegas., ap. Ulp., D., XV, 1, 30 pr. La poursuite ne sera efficace que si, lors du jugement, des valeurs sont entrées dans le pécule (D., XXXIII, 8, 11).

(8) Ap. Marc., 5 Reg., *eod.*, 40 pr.

(9) Si un *servus communis* reçoit un pécule de chacun de ses maîtres, ces deux pécules n'en font qu'un : 1° le créancier de l'esclave peut poursuivre *de peculio* l'un quelconque de ses maîtres ; 2° la valeur du pécule se calcule en tenant compte de ce qui provient des deux maîtres (Jul., ap. Gaius, D., XV, 1, 27, 8). Celui des maîtres qui n'est pas poursuivi devra tenir compte de ce qui a été payé à sa décharge.

(10) Le *servus fructuarius* peut avoir reçu un pécule du nu propriétaire et un autre de l'usufruitier. En fait, ces deux pécules sont séparés (*duplicis juris peculium :* Ulp., 29 ad Ed. *eod.*, 19, 1) ; en droit, ils n'en font qu'un. L'usufruitier peut être poursuivi en raison d'un contrat conclu par l'esclave relativement au pécule constitué par le nu propriétaire (Marcel., ap. Ulp., *eod.*).

(11) L'esclave dotal peut recevoir un pécule de chacun des époux : du mari, comme

L'analogie avec le patrimoine n'est pas complète : 1° le pécule appartient à une personne incapable d'être un sujet de droit. Cette personne en a la détention, l'usage et même généralement l'administration; mais en droit, le pécule n'est qu'une portion du patrimoine du maître. D'où cette conséquence : l'affectation du pécule aux intérêts particuliers du fils ou de l'esclave n'a lieu que par la volonté du père ; elle cesse lorsqu'il change d'avis (1). Le père peut retirer le pécule quand il lui plaît comme un précaire, sous la réserve du droit des tiers qui ont traité avec le concessionnaire. Ils sont protégés contre un retrait dolosif par une clause de l'Édit, et contre tout autre mode d'extinction par la faculté d'exercer l'action *de peculio* pendant l'année subséquente. Les créanciers du père peuvent saisir le pécule; ses héritiers le recueillent dans sa succession; 2° le pécule ne se transmet pas par voie de succession : à la mort du fils ou de l'esclave, il revient au chef de famille (2). Le pécule s'éteint également par l'émancipation du fils, l'affranchissement ou l'aliénation de l'esclave; 3° le passif du pécule ne comprend pas toutes les dettes du fils ou de l'esclave, mais seulement celles dont il est tenu envers le chef de famille. Ce qui reste de l'actif est payé aux tiers, créanciers du pécule, dans l'ordre où ils se présentent.

§ 2. *Formation du pécule.* — Aucune solennité n'est requise, mais, en général, il faut la réunion de deux conditions : la remise d'une valeur, la volonté du chef de famille.

La première condition est remplie, soit par une tradition pour les choses corporelles qui n'étaient pas déjà aux mains du fils ou de l'esclave, soit par l'attribution de créances que le chef de famille avait contre des tiers (3).

La seconde condition paraît n'avoir pas été rigoureusement exigée par les *veteres* (4). Lorsque le Préteur eut rendu le père responsable *de peculio*, le pécule ne put se former dans les cas où le maître était incapable de volonté, comme un impubère. L'*auctoritas* du tuteur restait ici inefficace.

propriétaire, de la femme en raison de son droit éventuel à la restitution de la dot. Ces deux pécules n'en font qu'un : le mari pourra être poursuivi *de peculio* pour les contrats conclus dans l'intérêt du pécule constitué par la femme (PAP., ap. ULP., *eod.*). Mais si plus tard la femme réclame sa dot, le mari retiendra ce qu'il aura payé pour son compte.

(1) PED., ap. ULP., *l. c.*, 7, 3. : *Hoc totum ex domini constitutione pendet.*

(2) Cf. INST., II, 12 pr. *in fine.* Certains maîtres respectaient les dernières volontés de leurs esclaves : *Permitto servis... quasi testamenta facere, eaque ut legitima custodio. Mandant rogantque quod visum : pareo, ut jussus. Dividunt, donant, relinquunt, duntaxat intra domum* (PLIN., *Ep.*, VIII, 16).

(3) PAUL, 4 ad Sab., D., XV, 1, 8; POMP., 7 ad Sab. *eod.*, 4, 1 : *Re, non verbis, peculium augendum est.* JUL., 12 Dig., *eod.*, 16 *in fine.*

(4) TUBERO, *l. c.*; FLORENT., 11 Inst. *eod.*, 39. Ap. MARC, 5 Reg., *eod.*, 40, 1.

Le pécule, une fois constitué, peut s'accroître sans l'intervention du maître et même sans celle du titulaire du pécule : tel est le cas des accroissements provenant *ex re peculiari* (1).

§ 3. *Droits du titulaire du pécule.* — Le concessionnaire d'un pécule est, en cette qualité, autorisé à faire tous les actes qui ne portent pas atteinte directement au droit du père de famille. Il peut se servir de la chose, la consommer, la remettre à un tiers en dépôt ou commodat (2). Mais il ne peut faire ni une donation (3), ni un affranchissement (4). Ordinairement, en concédant le pécule, le chef de famille donne le pouvoir de l'administrer : mais ce sont deux actes distincts (5) exigeant une manifestation spéciale de volonté (6). Le pouvoir d'administrer est nécessaire pour tout acte impliquant le transfert d'un droit ou la renonciation à un droit compris dans le pécule (7).

§ 4. *Effet des actes d'acquisition ou d'obligation accomplis par le titulaire du pécule.* — 1° Le concessionnaire d'un pécule reste un instrument d'acquisition pour le chef de famille. Ses acquisitions ne profitent au pécule que si l'acte a été fait en vue du pécule (*ex causa peculiari*) (8). Quant à la possession, par une dérogation au droit commun, elle est acquise au chef de famille *ex re peculiari*, même à son insu (9) : il suffit que les conditions exigées pour son acquisition soient réunies en la personne du fils ou

(1) Fruits, croît des animaux, part des esclaves (Pomp., D., XV, 2, 3) ; profit résultant de l'exercice d'une action *ex stipulatu duplæ* (Ulp., D., XV, 1, 7, 6 ; Pomp., Nerat., ap. Ulp., *eod.*, 9, 1).

(2) Jul., 13 Dig., D., XLIV, 7, 16.

(3) Jul., *eod.*, D., II, 14, 28, 2 ; Ulp., 44 ad Sab., D., XXXIX, 5, 7 pr., à moins qu'il n'y ait une juste cause : 7, 1-3. La fille peut se constituer une dot sur son pécule (Pomp., 15 ad Sab., D., XXIII, 3, 24).

(4) Mod., 1 Pand., D., XXXVII, 14, 13.

(5) Ulp., 29 ad Ed., *h. t.*, 7, 1; Diocl., C., IV, 26, 10. Cf. Jul., D., XIV, 6, 3, 2. Un tuteur ou un curateur peut conférer le pouvoir d'administrer bien qu'il ne puisse concéder un pécule (Ulp., 26 ad Sab., *h. t.*, 24). Le pouvoir d'administrer peut être retiré (Ulp., *eod.*) ou prendre fin alors que la concession du pécule conserve son effet : mort ou folie du chef de famille (Ulp., *eod.*), fuite, vol de l'esclave (Paul, 17 ad Plaut., *eod.*, 48 pr.).

(6) Il y a là une singularité dont les textes ne donnent pas l'explication. A quoi bon faire du pécule un patrimoine distinct de celui du maître, si le titulaire n'a pas le pouvoir de l'administrer? Peut-être a-t-on voulu, par une concession spéciale de l'administration, accorder au titulaire une certaine indépendance juridique.

(7) Payement (Pomp., 15 ad Sab., D., XXIII, 3, 24; Proc., 7 Epist., D., XLVI, 3, 84); pacte de remise (Gaius, 1 ad Ed. prov., D., II, 14, 28, 2); novation (Gaius, 3 de V. O. D., XLVI, 2, 34 pr.); constitution de dot (Pomp., *l. c.*); prêt (Ulp., 26 ad Ed., D., XII, 1, 11, 2); vente (Venul., 5 interd., D., XLIV, 3, 15, 3); hypothèque (Paul, 10 ad Sab., D., XII, 6, 13 pr.).

(8) Les successions ou legs laissés au fils ou à l'esclave ne profitent au pécule que par la volonté du chef de famille (Arg. Ulp., 20 ad Sab., D., XXXVI, 2, 5, 7 : *Nec obstat;* Lab., ap. Ulp, D., XV, 1, 7, 5. Cf. Mandry, II, 125).

(9) Pap., 23 Quæst., D., XLI, 2, 44, 1.

de l'esclave. Le pécule est, ici, considéré par le droit comme le patrimoine du fils. 2° D'après l'édit du Préteur, les obligations contractées par le concessionnaire d'un pécule donnent lieu à un recours contre le chef de famille (p. 337).

§ 5. *Extinction du pécule.* — Le pécule s'éteint au gré du maître par le retrait de l'autorisation (*ademtio peculii*), par la mort du titulaire ou du concédant (1).

§ 6. *Pécule du* vicarius. — L'une des conséquences les plus remarquables de la personnalité attribuée à l'esclave administrateur d'un pécule, consiste dans la faculté qu'il a de concéder à son tour un pécule à ses vicaires (2).

On appelle *vicarius* le suppléant (3) d'un esclave chargé par son maître d'un service déterminé (*ordinarius*) (4), et dans un sens plus large tout esclave compris dans un pécule (*servus peculiaris*) (5). Bien qu'en droit les esclaves vicaires soient la propriété du chef de famille, en fait on les considère comme appartenant au *servus ordinarius* (6). Traité comme le maître de ses vicaires, il a sur eux un certain pouvoir disciplinaire, il doit veiller sur leur conduite, les empêcher de commettre des délits (7). Les vicaires lui doivent obéissance (8).

Le pécule du vicaire n'est, au regard du maître, qu'une partie du pécule de l'*ordinarius* (9); mais on a fini par dégager la personnalité du *vicarius* et par considérer son pécule comme distinct de celui de l'*ordinarius* (10).

(1) POMP., 7 ad Sab., D., XV, 1, 4 pr.; PAUL., *eod.*, 8.

(2) CELS., D., XV, 1, 6. Labéon exigeait la permission du maître.

(3) Le *vicarius* peut aussi appartenir en commun au maître et au *servus ordinarius* (TREB., ap. LAB., 2 Poster., D., XXXIII, 8, 22, 1). Parfois le maître avançait de l'argent à son esclave pour qu'il achetât un vicaire (JUL., 12 Dig., D., XV, 1, 77, 1. Cf. BRISSON, *de V. S.;* VOIGT, I, 122; ERMAN, *Servus vicarius*, 1896, p. 403).

(4) SEN., *De ben.*, III, 28, 4 : *Ordinarium habens officium.* Cf. SUET., *Galba*, 12. Ailleurs (*Ep.*, 110, 1), Sénèque oppose l'*ordinarius* à celui qui est *inferioris notæ.* L'*ordinarius* avait sous ses ordres le *mediastrinus* (HOR., *Ep.*, I, 14, 14; COL., I, 9, 3; II, 12, 7; PLIN., *H. n.*, XXIX, 4; ULP., 14, 55, 77 ad Ed., D., IV, 9, 1, 5; VII, 7, 6 pr.; XLVII, 10, 15, 44).

(5) CIC., *in Verr.*, I, 36, 93; III, 38, 86. ATILIC., PROC., ap. ULP, *eod.*, 17.

(6) Lui seul peut affranchir ou autoriser l'affranchissement du *vicarius* (ALEX., C., VII, 11, 2). Quelques inscriptions donnent à l'*ordinarius* le titre de *patronus;* c'est un abus de langage (Cf. ERMAN, p. 460, 466). C'est le maître qui devait être cité devant le préfet de la ville lorsque le vicaire était maltraité.

(7) PAUL, 22 ad Ed., D, IX, 4, 19, 2. On ne peut lui reconnaître le pouvoir de vie et de mort qui porterait atteinte au droit du maître.

(8) PLAUT., *Pers.*, II, 4, 2; HOR., *Sat.*, II, 7, 9. Il en serait autrement s'il lui ordonnait de s'enfuir avec lui (COEL., ap. ULP., 2 ad Ed. æd., D., XXI, 1, 17, 7).

(9) SERV., ap. ULP., D., XV, 1, 17.

(10) Cf. le *vicarius vicarii* dans CELS., 12 Dig., D., XXXIII, 8, 25; ULP., 25 ad Sab., *eod.*, 6, 3. Si le maître est poursuivi *de peculio* en raison d'un acte du *servus ordinarius*, on devra faire abstraction du pécule du *vicarius.* Il en serait autrement

IV. Libération de l'esclavage. — Le mode normal de libération de l'esclavage est l'affranchissement. Son application dépend de la volonté du maître; mais, sous l'Empire, il y a un assez grand nombre de cas où un esclave devient libre sans affranchissement. On peut les ranger en trois classes : la liberté est acquise soit par un décret du magistrat (1), soit par le bienfait de la loi (2), soit par la prescription de long temps (3). On ne s'occupera ici que de l'affranchissement.

§ 1er. *Affranchissement solennel.* — Les trois modes d'affranchissement usités dans l'ancien droit (I, 182) subsistent, bien qu'ils aient subi des changements de forme. L'affranchissement par la vindicte n'est plus traité à bien des égards comme une action de la loi : le maître peut s'y faire représenter par son fils ; le magistrat peut être à la fois juge et partie ; il n'a pas besoin de siéger à son tribunal; on n'exige plus de termes sacramentels (4).

L'affranchissement par le cens n'a plus lieu en la forme antique (5) ; les opérations du lustre ont été accomplies pour la dernière fois en 74 par Vespasien et Titus (p. 19, 4). Le recensement général des citoyens a été remplacé par le cens municipal ou provincial (6).

L'affranchissement à cause de mort se fait de deux manières : par testament ou par fidéicommis. L'affranchissement testamentaire a lieu dans les formes nouvelles usitées pour la confection du testament : il confère directement la liberté (7) ; l'esclave devient l'affranchi du défunt, *libertus orcinus* (8). Si, au contraire, le *de cujus* charge par fidéicommis son héritier ou un légataire d'affranchir un de ses esclaves ou même l'esclave

s'il était poursuivi en raison d'un acte du *vicarius*, parce que l'*ordinarius* est responsable des actes de son vicaire lorsque celui-ci a agi sur son ordre ou comme préposé (Ulp., *eod.*, 19 pr.).

(1) En vertu des Sc. Claudien (D., XXIX, 5, 3, 13-15), Rubrien, Articuléien (D., XL, 5, 26, 7; 51, 7), Dasumien (*Ibid.*, 36 pr.), Juncien (*Ibid.*, 28, 4), Vitrasien (*Ibid.*, 30, 1). Rescr. Anton. Pii (Ulp., 14 ad Sab., D., XXVI, 4, 1, 3), M. Aur. et Ver. (Ulp., 6 Disp., D., XL, 1, 4 pr.), M. Aur. (Inst. III, 11 pr.). Cf. Dig., XL, 8.

(2) Constitutions de Claude (p. 128, 7), Vespasien (Mod., D., XXXVII, 14, 7 pr.), Hadrien (C., IV, 56, 1), Marc-Aurèle et Commode (C., IV, 57, 2 et 3), Gordien (*eod.*, 4).

(3) Admise d'abord au profit de l'esclave affranchi par un débiteur du fisc (Aristo, ap. Paul, 3 ad l. Æl. Sent., D., XL, 9, 16, 3), cette cause de libération fut ensuite généralisée (Diocl., C., VII, 22, 1 et 2); mais il faut que l'esclave ait été de bonne foi *in possessione libertatis*.

(4) Jul., D., XL, 2, 4 pr. ; Jav., ap. Jul., *eod.*, 5; Gaius, 7 ; Ulp., 8; Herm., 23.

(5) Gaius, I, 17, 140; Ulp., I, 6; Fr. Sinaï, 9; Diocl., C., VIII, 53, 7.

(6) Ulp., I, 8. Cf. Mommsen, trad., IV, 98.

(7) Serv., ap. Paul, 50 ad Ed., D., XL, 4, 35; Gaius, II, 267, 271.

(8) Lab., 2 Post. ep., D., XXXIII, 8, 22 pr. ; Ulp., II, 8.

d'autrui, l'affranchi a pour patron le fiduciaire (1). L'exécution du fidéicommis de liberté a été assurée sous Trajan par le Sc. Rubrien (2) et par des Sc. postérieurs. La liberté reste acquise alors même qu'on reconnaîtrait plus tard la fausseté des codicilles contenant le fidéicommis, mais l'affranchi doit indemniser l'héritier de la perte qu'il a subie (3).

§ 2. *Affranchissement non solennel.* — A côté de ces modes réguliers d'affranchissement, la pratique a introduit des modes non solennels, tels que l'affranchissement verbal (en présence d'amis), ou par écrit (4). En droit, cet affranchissement était sans valeur (5). Les maîtres y trouvaient un double avantage : d'abord de ne pas se lier irrévocablement (6), puis de pouvoir se faire représenter par leur fils de famille (7). Mais de bonne heure, le Préteur prit sous sa protection ces esclaves et refusa aux maîtres le droit de les revendiquer (8). La loi Junia Norbana consacra l'usage introduit par l'Édit et régla la situation des esclaves qui pour des causes diverses ne devenaient pas, lors de leur affranchissement, citoyens romains : elle en fit une classe nouvelle, celle des Latins juniens (p. 148).

V. Restrictions a la faculté d'affranchir. — L'affranchissement doit, en principe, être la récompense des bons services rendus par un esclave : il peut avoir lieu gratuitement ou moyennant une indemnité payée par l'esclave sur ses économies. Au temps de Cicéron, six ans suffisaient à un captif pour se racheter (9). Peu à peu on affranchit les esclaves pour d'autres causes, *sacrorum* ou *fœcunditatis causa* (10) ; puis, à mesure que la moralité

(1) Gaius, II, 263, 266; Jul., 42 Dig., D, XL, 5, 47, 1.

(2) Rubrius Gallus fut consul suffect en 101 (Borghesi, VIII, 451).

(3) Tryph., 3 Disp., D., XXXVII, 14, 23, 1. D'après Papinien (D., XL, 4, 47, et C., VII, 4, 2), l'affranchi payerait une somme fixe de 20 solides = 2,000 sesterces.

(4) Gaius, I, 41, 44; Ulp., I, 10, 18; Sen., *de vita beata*, 24, 3; Plin., *Ep.*, VII, 16, 4. — Paul, IV, 12, 2.

(5) Frg. de manum. 4 : *Videamus quale est quod dicitur [de] eis, qui inter amicos [olim] manumittebantur, non esse liberos, sed domini voluntate in libertate morari et tantum serviendi metu dimitti.*

(6) Tac., *Ann.*, XIII, 27. Il y avait aussi une raison de commodité, lorsque le maître habitait un lieu éloigné de celui où résidait le magistrat.

(7) Paul, 1 ad l. Ju[n]iam, D., XL, 9, 15, 1 ; Jul., 42 Dig., D., XL, 2, 4 pr. ; Paul, 12 Quæst., *eod.*, 22; Mod., 1 Reg., D., XL, 1, 16. Mitteis (*Z. Sav. St.*, 1900, p. 212) a établi que ces textes se réfèrent à l'affranchissement non solennel.

(8) Gaius, III, 56. Cet édit est sans doute antérieur à un projet de loi du tribun Clodius, de l'an 696, qui proposa, sans succès, d'accorder à ces affranchis la liberté de droit, la cité romaine et le droit de vote dans les tribus rurales (Cic., *p. Mil.*, 12; Asc., ad *h. l.*).

(9) Cic., *Phil.*, VIII, 11, 32.

(10) P. Diac., v° *Manumitti ;* Fest., v° *Puri;* Col., I, 8, 19 : *(Ancillæ) cui tres erant filii, vacatio; cui plures, libertas quoque contingebat.* Denys d'Halic., IV, 24.

s'affaiblit, on vit des maîtres affranchir leurs esclaves par vanité ou pour récompenser des services inavouables. Vers la fin de la République, les affranchissements prirent de telles proportions qu'il fallut aviser; le peuple romain allait bientôt compter plus d'affranchis que d'ingénus. Ce droit de cité, dont les Romains étaient si jaloux qu'ils le refusèrent pendant longtemps aux peuples libres de l'Italie, ils le prodiguaient inconsciemment à des esclaves indignes. Trois lois furent rendues sous Auguste et Tibère pour empêcher les esclaves d'obtenir trop facilement la liberté : les lois Fufia Caninia (1), Ælia Sentia, Junia Norbana.

§ 1er. *Loi Fufia Caninia.* — La première restreint les affranchissements testamentaires : certains testateurs, pour augmenter l'éclat de leurs funérailles, affranchissaient en masse leurs esclaves; ils se montraient généreux aux dépens de leurs héritiers (2). La loi mit un terme à cet abus : pour tous ceux qui auraient plus de deux esclaves, elle ne permit d'en affranchir qu'une partie et au maximum cent; elle prescrivit en même temps de les affranchir nominativement (3) : si le maximum est dépassé, les premiers nommés obtiennent seuls la liberté.

§ 2. *Loi Ælia Sentia.* — La loi Ælia Sentia, de l'an 757, vise spécialement les affranchissements entre vifs. Elle contient trois sortes de règles : les unes destinées à prévenir les abus de la liberté d'affranchir, les autres à sanctionner les devoirs réciproques entre patrons et affranchis, d'autres enfin à déterminer la situation des affranchis qui ne deviennent pas citoyens romains. On ne s'occupera en ce moment que des premières; les autres seront indiquées à propos de la condition des affranchis. — La loi a prévu trois sortes d'abus : elle a voulu protéger le maître contre son inexpérience, l'Etat contre l'introduction dans la cité de membres indignes ou sujets à caution, les tiers contre la fraude du *manumissor*.

1° La loi refuse au maître mineur de vingt ans le droit d'affranchir sans l'autorisation d'un conseil institué à cet effet. Elle est plus exigeante qu'en matière de testament : le mineur, qui ne peut, avant l'âge de vingt ans, donner la liberté à un esclave, peut disposer de tous ses biens à cause de mort à quatorze ans accomplis. Le *consilium manumissionis* se compose à Rome de cinq sénateurs et de cinq chevaliers, présidés par le

(1) D'après Voigt (II, 160, 8), cette loi serait de 742 : les fastes consulaires indiquent en cette année un consul suffect du nom de C. Caninius Rebilus.

(2) Voir notre article FUNUS (*Dict. des Antiq.*, IV, 1399).

(3) GAIUS, I, 42-46; ULP., I, 25. Un Sc. Orfitien décida plus tard qu'il suffirait de désigner clairement l'esclave (PAUL, IV, 14, 1).

Préteur (1) ; dans les provinces, de vingt récupérateurs citoyens romains, présidés par le gouverneur. Il se réunit à Rome à des époques déterminées ; dans les provinces, le dernier jour du *conventus* (2). Il est chargé d'apprécier s'il existe une juste cause d'affranchissement (3). S'il émet un avis favorable (4) et que l'affranchissement ait lieu séance tenante par la vindicte (5), l'esclave sera libre et citoyen ; si l'affranchissement a été fait *inter amicos*, l'esclave sera Latin (6).

2° La loi défend d'affranchir un esclave mineur de trente ans. Mais s'il existe une juste cause approuvée par le conseil, l'esclave, affranchi séance tenante par la vindicte, devient citoyen romain ; sinon il n'a qu'une liberté de fait. A défaut de juste cause, l'affranchissement est non avenu (7). La loi refuse la qualité de citoyen à l'affranchi qui, avant d'obtenir la liberté, a été condamné à des peines graves (8). Par exception, l'esclave mineur de trente ans, celui qui devrait être déditice, devient citoyen romain, s'il a été affranchi par testament et institué seul héritier par un maître insolvable (9).

3° Il est interdit d'affranchir un esclave en fraude des droits des créanciers. L'action Paulienne était inapplicable : on ne pouvait demander la révocation d'un acte irrévocable. La loi décide que l'affranchissement sera non avenu (10). Par exception, l'affranchissement est valable s'il a été fait par testament et si l'esclave a été institué héritier (11). La loi n'a pas voulu refuser au maître insolvable le moyen de ne pas mourir intestat et d'épargner à sa mémoire la honte de l'infamie. En instituant toute autre personne, il ne pouvait espérer qu'elle accepterait sa succession ; son esclave, au contraire, sera son héritier nécessaire. On a donc fait prévaloir ici l'intérêt du défunt sur celui

(1) D'après Gaius (I, 20), les chevaliers devraient être pubères. Il y a là une erreur du copiste : on ne se figure pas des chevaliers de 14 ans siégeant à côté des sénateurs. Gaius avait peut-être écrit : *eq(uo) publ(ico)*. Cf. Karlowa, II, 1110.

(2) Gaius, I, 38, 40 ; Ulp., I, 13.

(3) Gaius, I, 39 et 19. Cf. pour l'affranchissement *matrimonii causa*, le Sc. cité par Ulp., de off. proc., D., XL, 2, 13 ; Mod., 1 Pand., D., XL, 9, 21.

(4) Paul, 1 ad l. Æl. Sent., D., XL, 2, 15, 4 ; *C. I. L.*, XIV, 1437.

(5) *Manumissio ad consilium : C. I. L.*, VI, 1877 ; Gaius, I, 38.

(6) Gaius, I, 17 ; 41 ; Proc., ap. Jul., 2 ad Urs. Fer., D., XL, 9, 7, 1.

(7) Gaius, I, 18, 29, 31. Au temps d'Ulpien (I, 12), l'esclave devenait *Cæsaris servus*.

(8) Gaius, I, 13, 15 et 26.

(9) Ulp., I, 14 ; Gaius, I, 21. D'après Gaius (II, 276), un Sc. a défendu d'affranchir et d'instituer héritier un esclave mineur de trente ans.

(10) Inst., III, 11, 5. Cf. rescr. Pii, ap. Marc., 13 Inst., D., XL, 2, 9, 1 ; Ulp., 60 ad Ed., D., XL, 5, 4, 2 ; Gaius, I, 37. L'action Paulienne est antérieure à la loi Ælia Sentia : elle est connue de Labéon (ap. Ulp., 66 ad Ed., D., XLII, 8, 6, 6).

(11) Nerat., D., XXVIII, 5, 55 ; Paul, *eod.*, 57 ; Cels., *eod.*, 60.

des créanciers ; mais l'exception n'est admise qu'au profit d'un seul esclave, celui qui a été nommé le premier (1) ; elle est même écartée si l'un des cohéritiers de l'esclave ou son substitué consent à accepter la succession.

A quelle condition les créanciers peuvent-ils demander l'application de la loi? Le législateur avait employé le mot *fraus ;* on en avait d'abord conclu qu'il suffisait aux créanciers d'établir qu'ils avaient subi un préjudice matériel (*eventus damni*), que l'affranchissement avait eu pour effet de rendre le débiteur insolvable ou d'augmenter son insolvabilité (2). On exigea ensuite l'intention frauduleuse (*consilium fraudis*).

La loi Ælia Sentia n'a pas seulement protégé les créanciers contre les affranchissements frauduleux, elle a également interdit les affranchissements faits en fraude du patron du *manumissor,* c'est-à-dire pour diminuer la part qui lui revient dans la succession de son affranchi (3).

VI. PROCÈS RELATIFS A LA LIBERTÉ. — Ces procès se présentent sous deux formes : tantôt un esclave réclame la qualité d'homme libre (*vindicatio*, *proclamatio in libertatem*) (4), tantôt un citoyen prétend qu'un homme libre est son esclave (*vindicatio in servitutem*) (5). Dans le premier cas, l'esclave ne peut agir en justice que par l'intermédiaire d'un *adsertor* (I, 182; 408) ; dans le second, il peut défendre en personne au procès, parce qu'il est *in possessione libertatis*. Si la possession d'état est contestée, on a recours, pour trancher le débat, à une action préjudicielle etablie par l'édit perpétuel (6). Mais aucune action n'est rece-

(1) INST., I, 6, 1.

(2) GAIUS, 1 Aur., D., XL, 9, 10. Les Sabiniens s'attachant, suivant leur habitude, à la lettre de la loi, pensaient qu'on n'avait pas à rechercher si le débiteur avait pour héritier une personne solvable, ni même si le débiteur avait subordonné l'affranchissement à la condition que ses dettes seraient intégralement payées (SAB., CASS., JUL., GAIUS, 3 de manum., D., XL, 4, 57). Cette opinion fut combattue par les Proculiens qui admirent aussi un autre tempérament : ils soutinrent que la fraude implique un élément intentionnel, que les créanciers devaient prouver non seulement que le débiteur leur avait causé un préjudice, mais aussi qu'il l'avait causé en connaissance de cause. En général, cette seconde condition n'ajoute pas grand'chose à la première : tout débiteur devant connaître l'état de ses affaires (GRAT., VAL., THEOD., C., IV, 44, 15), l'intention frauduleuse doit être présumée. Mais il peut se faire qu'un citoyen qui fait le commerce avec des pays étrangers soit ruiné longtemps avant qu'il en reçoive la nouvelle (GAIUS, *l. c.;* INST., I, 6, 3) : si, dans l'intervalle, il a affranchi un esclave, on ne pourra pas dire qu'il a eu l'intention de frauder ses créanciers. Julien partage sur ce point l'opinion des Proculiens. Gaius (*l. c.*) le lui reproche comme une inconséquence, car, dit-il, celui qui subordonne l'affranchissement à la condition que toutes ses dettes soient payées n'a pas l'intention de frauder ses créanciers. L'opinion des Proculiens a prévalu.

(3) GAIUS, I, 37; ULP., I, 15.

(4) ULP., 54 ad Ed., D., XL, 12, 3 pr.; LAB., *eod.*, 42; MELA ap. PAUL, 24, 4.

(5) ULP., 55 ad Ed., *eod.*, 8, 1; DIOCL., C., VII, 16, 17.

(6) DIOCL., *eod.*, 21. Cf. LENEL, *E. P.*, 309.

vable lorsque la possession d'état s'est maintenue pendant cinq années ou lorsque cinq ans se sont écoulés depuis la mort du *de cujus* (1). Sous l'Empire, du moins en Italie, il n'y eut rien de changé à la procédure suivie pour ces sortes d'affaires. La procédure des actions de la loi conserva ici son application ; on avait recours à l'action réelle par serment (2). La consignation était fixée au minimum de 50 as et les *vindiciæ* accordées *secundum libertatem* (I, 410 ; 411, 1). Mais le jugement de ces procès semble avoir été retiré aux décemvirs *stlitibus judicandis* (3) (I, 404) et confié au tribunal des centumvirs (4). Par dérogation au droit commun et par faveur pour la liberté, la *vindicatio in libertatem* peut être plusieurs fois renouvelée. On peut même soumettre l'affaire simultanément à deux sections du tribunal (5). Au IIIe siècle, les procès relatifs à la liberté donnaient lieu soit à une action préjudicielle (6), soit à une procédure *extra ordinem* devant le préteur *de liberalibus causis* (7).

(1) Scæv., 23 Dig., D., XL, 4, 29; Suet., *Tit.*, 8 in fine. Sc. ap. C., VII, 21, 4; Claud., Nerva, ap. Callist., D., XL, 15, 4; Hadr., ap. Marc., *eod.*, 1, 2.

(2) Mart., I, 53; Paul, 7 ad Ed., *Vat. fr.*, 324; Paul, V, 1, 5. L'effet réel de l'action est attesté par Sab., Cass., ap. Jul., 5 ex Min., D., XL, 12, 30.

(3) On n'en trouve plus trace après Cic., *p. domo*, 29, 78 ; *p. Caec*, 33, 97.

(4) Quintilien rapproche plusieurs fois (V, 2, 1 ; XI, 1, 78) le procès *de libertate* et les causes centumvirales. Ce transfert d'attributions est dû peut-être à la loi Julia *jud. priv.* (Cf. Voigt, II, 446). On sait cependant par Suétone (*Domit.*, 8) que les récupérateurs avaient également à connaître de ces procès. Dans quels cas étaient-ils compétents? Sans aucun doute dans les provinces (Plin., *Ep.*, X, 72. Papyrus de Berlin, n° 611, col. 1); vraisemblablement aussi à Rome et en Italie, lorsqu'un esclave libéré de fait ou un déditice réclamait sa liberté. D'après la loi Junia Petronia de l'an 19, si, dans un procès *de libertate*, il y a partage entre les juges, on doit se prononcer en faveur de la liberté (Herm., 1 jur. ep., D., XL, 1, 24 pr.). Or cette règle ne fut pas édictée pour le tribunal des centumvirs, car c'est Antonin le Pieux qui lui donna une portée générale (ap. Paul, 17 ad Ed., D., XLII, 1, 38 pr.). Il y a donc lieu de croire qu'elle s'appliqua aux juges chargés par la loi Junia Petronia de connaître de certains procès *de libertate*. Cette disposition se conçoit d'autant mieux que la loi Junia Petronia est venue compléter la loi Junia Norbana rendue peu de temps auparavant. On pourrait objecter que les récupérateurs sont toujours en nombre impair, que dès lors il ne saurait y avoir partage : mais l'un d'eux peut jurer *sibi non liquere* (Pomp., ap. Paul, *eod.*, 36).

(5) Cic., *p. domo*, 29, 78 : *Quotiescumque vellet quis*. Quint., XI, I, 78. Cf. Keller, *Civilproz.*, n. 84-85; Schlossmann, *Z. Sav. St.*, XIII, 225.

(6) Just., IV, 6, 13. Sur les difficultés soulevées par ce texte, voir Lenel, *E. P.*, 305. La procédure suivie devant les récupérateurs est-elle celle des actions de la loi? Justinien affirme l'existence d'une action préjudicielle civile par laquelle le Préteur invitait le juge à rechercher *an liber sit*. Est-ce l'action introduite par la loi Junia Petronia en faveur des Latins Juniens et des déditices, action qui aurait été généralisée? Cela est possible ; en tout cas, cette généralisation est postérieure à Gaius, qui ne parle pas de ce *præjudicium* (IV, 44). Karlowa (II, 1108) pense que ce *præjudicium* ne fut jamais admis pour les procès relatifs à la *justa servitus*. Il conjecture que les attributions des décemvirs furent transférées à un conseil composé comme le *consilium manumissionis*.

(7) *C. I. L.*, X, 5398; Alex., C., IV, 56, 1. Cf. Ulp., D., IX, 4, 42 pr. ; 2 de off. cons., D., XL, 12, 27, 1. Diocl., C., III, 3, 2. L'esclave, qui fait reconnaître

V

LE « MANCIPIUM ».

Le *mancipium* est une puissance analogue à la puissance dominicale, mais qui s'applique aux fils de famille (I, 184, 8); ils deviennent *servorum loco* (1) tout en restant citoyens et ingénus (2). Le *mancipium* s'acquiert lorsqu'un fils a été mancipé par son père : 1° *dicis gratia*, pour réaliser une adoption, une émancipation, une *coemtio*, une *remancipatio* (I, 179, 220, 229, 243); 2° à titre d'abandon noxal (I, 373) ; 3° pour faire argent des services du fils ou pour le donner en garantie à un créancier (*fiducia cum creditore*). De ces trois applications, la première n'a lieu que pour la forme; la dernière a été supprimée au début du IIIe siècle (3).

Les effets du *mancipium* ont été décrits t. Ier, p. 184, 7-8; 185 et 186, 1-3. L'individu *in mancipio* est protégé contre l'abus de pouvoir de son maître soit par l'action d'injures qu'il est admis à intenter contre lui, soit par un rescrit d'Hadrien qui défend de l'enfermer dans l'*ergastulum* (4). Il est vraisemblable qu'on l'autorise à invoquer l'édit, qui prescrit au créancier de pourvoir à la nourriture et à l'entretien du *judicatus* (5).

Le *mancipium* s'éteint par l'affranchissement volontaire (I, 187, 5). Les restrictions apportées par les lois Ælia Sentia et Fufia Caninia ne sont pas applicables.

Deux faits produisent une situation analogue au *mancipium* : l'*addictio* d'un débiteur insolvable à son créancier (I, 589, 4;

sa qualité d'homme libre, est autorisé par un Sc. à prendre uniquement ce qu'il a apporté dans la maison du défendeur (PAUL, 6 Reg., D., XL, 12, 32; JUL., 5 ex Min., *eod.*, 30). — Le maître qui fait reconnaître son droit sur un esclave est autorisé à l'emmener; mais, par une raison d'humanité, on permet à toute personne de payer au maître le prix de l'esclave qui devient Latin Junien (C., VII, 6, 1, 8).

(1) La condition des enfants, conçus après que le père est tombé *in mancipio*, est en suspens : ils passeront sous la puissance de leur père lorsqu'il sera affranchi; s'il meurt auparavant, ils seront *sui juris* (GAIUS, I, 135). C'est une application de la théorie des droits en suspens que nous retrouverons en étudiant la propriété (p. 201), l'hérédité, les contrats : elle était inconnue à Labéon (I, 187, 1).

(2) Restent-ils capables de contracter? Cela semble résulter de Gaius (IV, 80) qui permet aux créanciers d'agir contre le maître jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a acquis du chef de l'individu *in mancipio*.

(3) PAUL, V, 1, 1; CARAC., C., VII, 16, 1; DIOCL., C., IV, 43, 1. L'acte visé par ces textes n'est pas le contrat de vente ou de gage qui ne peut avoir pour objet un homme libre, mais la mancipation.

(4) GAIUS, I, 140; SPART., *Hadr.*, 18.

(5) LAB., ap. ULP., 58 ad Ed., D., L, 16, 43; ULP., *eod.*, 45; GAIUS, 22 ad Ed. prov., *eod.*, 44. Cf. LENEL, *E. P.*, 327.

590), le rachat d'un captif. Ce dernier cas apparaît au début du IIIe siècle (1) : une constitution attribue à celui qui a fait le rachat sans y être obligé (2), un droit (3) sur le captif et sur son patrimoine jusqu'au remboursement de la rançon (4).

VI

LE PATRONAT.

L'affranchi diffère des autres citoyens à deux points de vue : il est vis-à-vis de son patron dans un état de dépendance; vis-à-vis des ingénus, dans un état d'infériorité (I, 170; 492). On ne s'occupera ici que de ses rapports avec son patron.

Le rapport qui unit l'affranchi au patron, au lieu d'être simplement garanti par les mœurs, est désormais régi par la loi. Les Douze Tables s'étaient bornées à protéger le client contre son patron en cas de fraude (I, 169, 5). Le droit nouveau a jugé utile de définir les droits du patron, de déterminer les causes d'acquisition, de transmission et d'extinction du patronat.

S'il n'a pas parlé des droits de l'affranchi, ce n'est pas qu'il méconnaisse sa personnalité, mais les obligations imposées au patron, telles que l'obligation alimentaire à l'égard de l'affranchi dans le besoin, sont sanctionnées par la privation totale ou partielle des droits de patronat (p. 84, 6). Le droit nouveau s'est efforcé de contenir les droits du patron dans de justes limites : il lui défend d'exiger, comme condition de la liberté, des engagements excessifs; quant à ceux qui ont été régulièrement pris, il les tempère pour des raisons d'humanité (5).

I. Droits du patron. — Les droits du patron ont un caractère moral ou pécuniaire.

1° Le patron a droit au respect et à la déférence, aux bons offices et à la gratitude de son affranchi (6). Ce droit entraîne plusieurs conséquences : *a*) L'édit du Préteur défend à l'affranchi de citer en justice son patron, ses parents ou ses enfants,

(1) Tryph., 4 Disp., D., XLIX, 15, 12, § 8, 9-12 ; Ulp., 6 Disp., D., V, 1, 67.
(2) Paul, 7 ad Sab., D., XXIV, 3, 20 ; Diocl., C., VII, 50, 17, 1-2.
(3) Ulp., 21 ad Sab., XVIII, 1, 20, 1.
(4) Le *redemtus* reste ingénu (Ulp., D., XLIX, 15, 21 pr; Diocl., C., VIII, 50, 16) et conserve la capacité d'acquérir à cause de mort (Ulp., D., XXX, 43, 3 ; Diocl., *l. c.*, 15).
(5) Ulp., 38 ad Ed., D., XXXVIII, 1, 15 pr. ; Pomp., 22 ad Q. Muc., *eod.*, 34.
(6) L'affranchi est à cet égard dans une situation analogue à celle d'un fils (Jul., 14 Dig., D., XXXVII, 15, 2; Ulp., 66 ad Ed., *eod.*, 9). Cf. Lemonnier, *Etude historique sur la condition privée des affranchis*, 1887, p. 104.

sans l'autorisation du magistrat. Toute contravention est sanctionnée par une action *in factum* tendant à une peine de dix mille sesterces (1). *b*) Il est défendu à l'affranchi d'exercer contre son patron une action infamante ou de lui reprocher en justice certains faits de nature à porter atteinte à sa réputation (dol, violence, fraude, chicane) (2). *c*) L'affranchi ne peut faire condamner son patron que dans la mesure de ses facultés (3). *d*) Il est défendu à l'affranchi de se marier avec sa patronne, avec la veuve ou la fille de son patron (4) ; à l'affranchie de se marier sans le consentement de son patron (5), et si elle est mariée à son patron, de le répudier ou de se remarier sans son consentement (6). *e*) L'affranchi surpris en flagrant délit d'adultère avec la femme de son patron, peut être tué par lui impunément (7). *d*) L'affranchi, appelé à la tutelle des descendants de son patron ou des enfants de sa patronne, ne peut décliner cette mission de confiance (8).

Les affranchis qui habitent avec leur patron sont plus étroitement tenus à l'accomplissement de leurs devoirs (I, 170, 8); ils doivent l'accompagner en exil, quitter la province pour le suivre à Rome s'il vient y fixer son domicile (9).

Comme sanction, le patron peut user de coercition envers son affranchi (*levis castigatio*) (10). S'il a gravement à se plaindre de lui, il doit s'adresser au préfet de la ville ou au gouverneur de la province, qui infligera une peine corporelle ou pécuniaire appropriée (11), et pourra même, en cas d'injure grave, priver l'affranchi de la liberté, en l'attribuant à son patron comme esclave, ou le faire vendre au profit de son patron (12). Si le pa-

(1) Gaius, IV, 46. Cet édit existait au temps de Servius (Ulp., D., II, 4, 4, 3).
(2) Jul., 14 Dig., D., XXXVII, 15, 2 pr. Voir cep. Ped., ap. Ulp., 10, 12 ; Alex., C., VI, 6, 1.
(3) Jul., *eod.*, 2, 1 ; Ulp., D., XXXVII, 15, 5 et 7; Pap., 36 Quæst., D., XLVIII, 5, 38, 9 ; Macer., 2 de pub. jub., D., XLVIII, 2, 8 *in fine* ; 11, 1.
(4) Ulp., *eod.*, 7, 1 ; XLII, 1, 17. Fr. Sinaï, 6 *in fine*.
(5) Paul, II, 19, 9 ; Sev., Car., C., V, 4, 3. Exception pour la *patrona ignobilis* (Ulp., 34 ad Sab., D., XXIII, 2, 13. Cf. Paul, 2 ad l. Jul., *eod.*, 47).
(6) Loi Julia *de marit. ordin.* (ap. Ulp., D., XXIV, 2, 11 ; XXIII, 2, 45 pr.). Exception pour l'affranchie fidéicommissaire (Marc., 50. Cf. p. 98, 2).
(7) Paul, de adult., *Collat.*, IV, 3, 3 et 4. Il en est de même si l'adultère est commis par l'affranchi de sa femme ou de son père, de son fils ou de sa fille. Peu importe que l'affranchi soit citoyen, latin ou déditice.
(8) M. Aur., ap. Pap., *Vat. fr.*, 224 ; Paul, D., XXXVII, 14, 19.
(9) Dio Cass., LVI, 27 ; Paul, D., XLVIII, 23, 13.
(10) Ulp., 57 ad Ed., D., XLVII, 10, 7, 2 ; 11, 7.
(11) Ulp., D., I, 12, 1, 10 ; I, 16, 9, 3 ; Mod., 2 de pœnis, D., II, 4, 25 : *Quasi inofficiosus castigatur.*
(12) Const. de Commode (Mod., de manum., D., XXV, 3, 6, 1). La loi Ælia Sentia avait édicté contre l'affranchi ingrat certaines dispositions dont les détails ne sont

tron est victime d'un crime ou d'un délit, la qualité d'affranchi chez l'auteur du fait incriminé est une circonstance aggravante (1).

2° La loi des Douze Tables appelait le patron à la succession *ab* intestat de son affranchi mort sans héritier sien (2). L'édit du Préteur a étendu le droit du patron : en l'absence d'enfants issus du mariage de l'affranchi, il lui donne droit à la moitié des biens, qu'il y ait ou non un testament. La loi Papia Poppæa a accordé au patron de nouveaux droits sous des conditions destinées à favoriser la procréation des enfants (3).

3° Le maître d'un esclave peut se faire promettre, comme condition de l'affranchissement, des dons, présents ou services (4). Parmi ces services les uns ont une valeur pécuniaire (5) : ce sont des *operæ fabriles* (6). Le patron peut en tirer profit directement; il peut aussi en disposer temporairement en les louant à un tiers, ou définitivement en les déléguant à son créancier à titre de payement (7). Ces services se transmettent à cause de mort avec les droits du patronat, sauf les restrictions apportées par les lois Ælia Sentia et Papia Poppæa (8). Les autres (*operæ officiales*) sont dans la catégorie des bons offices et ne sont pas susceptibles d'une évaluation en argent : ils sont strictement personnels, intransmissibles (9).

II. Acquisition du patronat. — Les droits de patronat s'ac-

pas connus (Paul, 73 ad Ed., D., L, 16, 70 pr.; Hadr., *Sent.*, 3). Cf. Voigt, *Ueber die Clientel und Libertinität*, p. 205, n. 177.

(1) Callistr., 6 de cogn., D., XLVIII, 19, 28, 8.

(2) Il a corrélativement la tutelle ou la curatelle de l'affranchi (D., XXV, 3, 5).

(3) Gaius, III, 40-42, 44. Voir, au livre V, les règles sur la *querela patroni adversus libertum.*

(4) *Lex Salpens.*, c. 23 : *Quæ libertatis causa imposita sunt.* Jul., ap. Ulp., D., XXXVIII, 2, 37 pr.

(5) Lex Julia, ap. Paul, D., XXXVIII, 1, 37 pr.; Campan., ap. Val., 47; Ulp., 26 ad Sab., *eod.*, 6. Services d'un médecin : Alf., 7 Dig., *eod.*, 26 pr.; Jul., 65 Dig., *eod.*, 25, 2; d'un peintre : Jul., 22 Dig., *eod.*, 23 pr.; d'un mime : Jul., *eod.*, 25, 1; 1 ex Min., *eod.*, 27; d'un copiste : Nerat., ap. Gaium, *eod.*, 49; d'un artisan : Callistr., *eod.*, 38, 1; Nerat., *eod.*, 50 pr.; Paul, *eod.*, 16 pr.

(6) Paul, *eod.*, 1. L'affranchi promet ordinairement un certain nombre de journées de travail (Cf. Jul. 22 Dig., *eod.*, 23, 1; Pap., ap. Ulp., *eod.*, 15, 1). Il les fait au fur et à mesure des demandes, *post indictionem* (Ulp., 38 ad Ed., *eod.*, 15 pr.); *cum poposcero* (Gaius, *eod.*, 22 pr.). Il doit se nourrir à ses frais (Sab., ap. Paul., *eod.*, 18), mais on doit lui laisser le temps nécessaire pour gagner sa vie (Gaius, *eod.*, 19; Paul, 20 pr. Voir cep. Jav., 6 ex Cass., *eod.*, 33).

(7) Jul., *eod.*, 25, 1-4; Urs., Cass., ap. Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 5, 1, 10; Marcel., ap. Ulp., 26 ad Ed., D., XII, 6, 26, 12; Paul, D., XXXVIII, 1, 37, 4. Sur les diverses questions auxquelles donne lieu cette délégation, cf. Edouard Cuq, *Rev. de philologie*, 1884, p. 163.

(8) Paul, 73 ad Ed., D., L, 16, 70 pr.; Pomp., 4 ad Sab., D., XXXVIII, 1, 4; Jul., ap. Gaium, 14 ad Ed. prov. *eod.* 22, Ulp., 28 ad Sab., *eod.*, 7, 7.

(9) Ulp., *eod.*, 6; 9, 1.

quièrent soit par l'affranchissement, soit par succession, exceptionnellement par un décret du magistrat (p. 136, 1). Dans le premier cas, ils s'exercent même sur l'affranchi d'un affranchi, mais ils sont moins étendus; ils se réduisent à peu près à l'exclusion du témoignage en matière criminelle et à la *b. p. unde patronus patroni* (1). Dans le second cas, les règles anciennes sur la transmission du patronat aux *sui* (I, 170-171) ont été modifiées par la loi Papia Poppæa : elle assimile aux *sui* le fils de la patronne, pourvu qu'il ait un enfant. Sous le règne de Claude, un Sc. permit au patron, qui a deux ou plusieurs enfants, d'attribuer son droit à l'un à l'exclusion des autres (*assignatio liberti*) (2). Par exception le patronat n'est pas acquis à celui qui impose à son affranchi la condition de ne pas se marier; à l'héritier qui, grevé d'un fidéicommis de liberté, néglige de l'exécuter (3).

III. Extinction et déchéance du patronat. — Le patronat s'éteint : 1° A la mort de l'affranchi. C'est une conséquence de la règle nouvelle qui traite les fils d'affranchis comme des ingénus. Mais tout lien n'est pas rompu entre le patron et les enfants de son affranchi (4) : ils doivent le respect au patron de leur père; ils ne peuvent le citer en justice sans l'autorisation du magistrat; le patron a droit à leur succession, s'ils meurent intestat et sans parents (5). 2° Par la *capitis deminutio* du patron ou de l'affranchi. Ici encore le droit au respect subsiste (6). 3° Au début de l'Empire, par la concession du droit de porter l'anneau d'or (p. 73, 3).

Les causes de déchéance sont peu nombreuses : elles entraînent la perte totale ou partielle des *jura patronatus*. La loi et la jurisprudence se sont inspirées de considérations de plusieurs sortes : elles ont protégé l'esclave avant et après l'affranchissement contre la mauvaise foi du patron (7), spécialement contre les engagements excessifs imposés comme condition de la li-

(1) *C. I. L.*, II, 4514; V, 3005; XIV, 581. Ulp., *Collat.*, IX, 2, 2; XVI, 9, 1. Le droit à des aliments est dénié par Marcellus (ap. Ulp., D., XXV, 3, 5, 22).

(2) P. 23, 8. Ce droit ne peut être exercé que par celui qui a fait l'affranchissement (Jul., Marcel., ap. Mod., 7 Diff., D., XXXVIII, 4, 8). Le Sc. est du consulat de Suillius Rufus et d'Ostorius Scapula, entre 41 et 47.

(3) Paul, 8 ad l. Æl. Sent., D., XXXVII, 14, 15. Sc. Rubrien (p. 136, 5).

(4) Leur cité d'origine et leur domicile sont les mêmes (Ulp., D., L, 1, 6, 3; *eod.*, 1 pr.; Paul, 22 pr.; Gord., C., X, 39, 2).

(5) Gaius, III, 51, 83; Tac., *Hist.*, II, 92; Ulp., 37 ad Sab., D., XXVI, 4, 2; 35, 5 ad Ed., *eod.*, 5, 5; D., II, 4, 10, 2.

(6) Theod., Val., C. Th. IV, 10, 3. Gord., C., II, 2, 2; Just., C., VI, 4, 4, 23.

(7) Marc., 2 Inst., D., XXXVII, 14, 3. Paul, 59 ad Ed., D., L, 16, 53 pr.; Jul. ap. Ulp., 11 ad l. Jul., D., XXXVIII, 2, 37 pr. Cf. p. 84, 6.

berté (1); elles ont puni les patrons indignes (2); récompensé les affranchis qui ont des enfants (3). Elles ont surtout protégé les femmes : elles dispensent des *operæ* l'affranchie âgée de 50 ans, celle qui est parvenue à une position élevée (4), ou qui s'est mariée avec le consentement de son patron. Dans ce dernier cas, la dispense est temporaire et cesse si le patronat appartient à une femme : on a voulu éviter durant le mariage un conflit entre le mari et le patron (5).

IV. Procès relatifs a la libertinité. — Ces procès se présentent sous deux formes : tantôt c'est un affranchi (6) qui revendique la qualité d'ingénu pour se soustraire aux droits de patronat (7); tantôt c'est un patron qui prétend qu'un ingénu est son affranchi. Dans l'un et l'autre cas, on a recours à un *præjudicium* établi par l'édit, et dont le jugement est confié à des récupérateurs (8). Sous Dioclétien, ces procès donnent lieu à une *cognitio extra ordinem* (9). Le fardeau de la preuve incombe à celui qui conteste l'état de fait existant au moment du procès (10). Le jugement rendu n'est pas opposable aux tiers, tant que celui qui a fait reconnaître son ingénuité est vivant (11); mais après sa mort, on ne peut plus remettre en question l'état du défunt (12). Dans tous les cas, le jugement déclarant l'ingénuité n'a d'effet que s'il a été rendu contre un *justus contradictor,* c'est-à-dire contre une

(1) Mod., 6 Pand., D., XXXVIII, 1, 32. Le but de ces promesses *oncrandæ libertatis causa* est indiqué par Paul, 71 ad Ed., D., XLIV, 5, 2, 1. Cf. Ulp., 76 ad Ed., *eod.*, 1, 5 : *Bellissime ita definiuntur, quæ ita imponuntur, ut si patronum libertus offenderit, petantur ab eo, semperque sit metu exactionis ei subjectus, propter quem metum quodvis sustineat patrono præcipiente.*

(2) Mod., 9 Reg., D., XXXVII, 14, 9, 1.

(3) Paul, 2 ad l. Jul., D., XXXVIII, 1, 37 pr. Exception est faite pour l'affranchie qui exerce certaines professions.

(4) Paul, *eod.*, 35; 17; Callistr., 3 Ed. monit., *eod.*, 38 pr.; Pomp., 32 ad Q. Muc., *eod.*, 34; Alex., C., VI, 3, 8.

(5) P. 83, 4. Ter., Clem., *eod.*, 14; Herm., 48 pr., 1 : *Quia his, nec ab ea quæ nupta est, indecore præstantur.*

(6) Le procès peut être intenté par un tiers dans l'intérêt de l'affranchi (Ulp., 54 ad Ed., D., XL, 12, 3, 3). Suivant une règle qui remonte à Titus, celui qui, en fait, a été affranchi ne peut réclamer son ingénuité que dans le délai de cinq ans à dater de l'affranchissement. Cependant, il aurait encore un recours auprès de l'empereur s'il affirmait n'avoir trouvé qu'après ce délai la preuve de son ingénuité (Suet., *Tib.*, 8; Scæv., 23 Dig., XL, 4, 29. Saturn., 1 de off. proc., D., XL, 14, 2, 3).

(7) Tacite (*Ann.*, III, 27), Neratius (ap. Ulp., 26 ad Ed., D., XII, 4, 3, 5) font allusion à un procès du temps de Néron.

(8) Gaius, IV, 44; Ulp., D., XL, 14, 6; Just., IV, 6. 13; Suet., *Vesp.*, 3.

(9) Diocl., C., III, 3, 2.

(10) Ulp., 2 de off. cons., D., XXII, 3, 14; Jul., ap. Ulp., 6 Disp., *eod.*, 18 pr.

(11) Marcel., 7 Dig., *eod.*, 1; Marc., 1 de delat., D., XL, 15, 1, 3.

(12) Claud., Nerva, Hadr., ap. Callist., 1 de jure fisci, *eod.*, 4; Marc., *eod.*, 1, 2. Sc. Marci (ap. Marc., *eod.*, 1, 3); Alex., Gord., C., VII, 2, 1, 4; 7.

personne se disant le patron de l'ingénu (1) ; il faut aussi, d'après un Sc. du règne de Domitien, qu'il n'y ait pas eu collusion entre le patron et son affranchi (2).

V. Variété dans la condition des affranchis. — Sous l'Empire, il y a trois classes d'affranchis : à côté des affranchis citoyens romains dont on a parlé jusqu'ici, il y a les Latins Juniens et les déditices.

§ 1er. *Affranchis Latins Juniens.* — Ces affranchis appartiennent à une classe inférieure qui a été créée par les lois Ælia Sentia et Junia Norbana (3). Elle comprend : 1° d'après la loi Ælia Sentia, les esclaves qui ont été affranchis en vertu d'une juste cause, mais autrement que par la vindicte et devant le conseil; 2° d'après la loi Junia, les esclaves affranchis par un mode non solennel, ou 3° par un maître qui n'avait que la propriété prétorienne (I, 514, 1); 4° d'après un édit de Claude, les esclaves malades ou infirmes, abandonnés par leur maître ; 5° ceux qui, ayant succombé dans un procès relatif à la liberté, ont été rachetés par un tiers (4).

Jusqu'à la loi Junia Norbana, ces affranchis étaient libres en fait, mais non en droit. De là des difficultés pour régler leur situation : elles furent résolues sur quelques points par la loi Ælia Sentia (5), et d'une manière plus générale par la loi Junia

(1) Alex., C., VII, 14, 1; Callist., 4 de cogn., D., XL, 16, 3.
(2) Gaius, 2 ad Ed. præt. *eod.*, 1; Herm., *eod.*, 5; Ulp., *eod.*, 2.
(3) La première loi est de 757 ; la date de la seconde est très discutée (Cf. Labbé sur Ortolan I, 791; Voigt, *Rg.*, II, 160; 489). Régulièrement on devrait la placer dans le 1er semestre de l'an 772 = 19, où furent consuls L. Junius Silanus et L. Norbanus Balbus (Borghesi, V, 216; *C. I. L.*, I, 764; VI, 1436, 1496). Le doute vient d'un texte attribué au grammairien Dosithée : *Lex Junia Latinorum genus introduxit*. Or, Gaius (I, 1, § 7, 28, 31, 41, 74; III, 36) dit que la loi Ælia Sentia visait les affranchis latins ; donc elle est postérieure à la loi Junia. Cette conclusion ne nous paraît pas nécessaire. S'il est vrai que la loi Junia a défini la condition de certains affranchis en les assimilant aux Latins coloniaires, cela ne prouve pas que la loi Ælia Sentia ne se soit pas déjà occupée de ces mêmes affranchis. Ceux qui, plus tard, ont formé la classe des Latins Juniens étaient antérieurement des esclaves libérés de fait : *servi in libertate morantes*. Tel était le nom sous lequel ils étaient désignés. Ulpien (I, 12) présente cette expression comme synonyme de celle de *Latinus*. Gaius a donc pu dire, sans erreur, que la loi Ælia Sentia s'est occupée des Latins. Mais, dit-on, il est difficile d'admettre qu'une loi qui favorise les affranchissements soit postérieure de quinze ans seulement à la loi Ælia Sentia qui leur est défavorable. Cette manière de voir est contestable : en régularisant la situation des esclaves libérés de fait, la loi Junia Norbana n'a fait que consacrer une pratique antérieure. Quant à l'œuvre qui lui est propre, elle n'est rien moins que favorable aux affranchis dont elle a restreint la capacité (Cf. Lemonnier, p. 64-76). Les contradictions qu'il relève (p. 74) entre Gaius et Ulpien disparaissent si l'on tient compte de la dénomination donnée par la loi Ælia Sentia à ces affranchis; ils restaient esclaves, tandis que d'après la loi Junia ils sont libres *ipso jure*.
(4) Gaius, I, 16. Cf. Suet., *Aug.*, 40. Ulp., I, 10, 16. Cf. p. 141, 8.
(5) Cette loi a statué sur le sort des biens des esclaves libérés de fait et des dédi-

Norbana. Ces affranchis furent exclus du droit de cité romaine et assimilés par une fiction aux Latins coloniaires, d'où leur nom de Latins; ils furent aussi appelés Juniens parce qu'ils devaient le bienfait de la liberté à la loi Junia. La loi régla ensuite leur condition quant au droit privé : elle leur refuse le *connubium* (1) et leur concède le *commercium* et la *testamenti factio* (2) avec d'importantes restrictions. Le Latin Junien ne peut être tuteur testamentaire (3). Il ne saurait être question pour lui de succession : il n'a ni le droit de tester, ni le *jus capiendi* (4). A son décès, ses biens reviennent comme un pécule à son patron ou à ses héritiers testamentaires (5) : il vit libre, il meurt esclave (6). Mais on lui facilite l'accès du droit de cité romaine : il peut l'obtenir soit par le bienfait du prince, sous réserve des droits du patron, soit par un affranchissement réitéré et régulièrement fait (7), ou par la *causæ probatio* lorsqu'il prouve qu'il s'est marié conformément à la loi Ælia Sentia *liberorum quærendorum causa* et qu'il a un enfant d'un an (8). Des décisions postérieures ont multiplié les causes d'acquisition de la cité romaine par les Latins Juniens : on a voulu tantôt encourager ceux qui rendaient service à l'Etat comme armateurs, boulangers, vigiles, etc.; tantôt accorder une prime à la fécondité (9).

§ 2. *Affranchis déditices.* — Cette classe d'affranchis a été créée par la loi Ælia Sentia. Elle comprend ceux qui, avant leur

tices, après leur décès (Gaius, III, 74). Elle leur a fourni un moyen d'obtenir la cité romaine par l'*anniculi causæ probatio* (Gaius, I, 29; Ulp., VII, 4). C'est à tort qu'Ulpien (III, 2) attribue cette disposition à la loi Junia, à moins que cette loi n'ait renouvelé la règle introduite par la loi Ælia Sentia.

(1) Le mariage des Latins ne vaut que *jure gentium*. Mais la condition de leurs enfants fut régie par la loi Minicia jusqu'au Sc. d'Hadrien qui rétablit la règle d'après laquelle l'enfant suit la condition de sa mère (Gaius, I, 79, 80).

(2) Ulp., XIX, 4; XX, 8.

(3) Ulp., XI, 16. Il peut être tuteur datif (*Vat. fr.*, 193). S'il est impubère, il est sous la tutelle de celui qui avait sur lui la propriété quiritaire (Gaius, 1, 167; Ulp., XI, 19; *Vat. fr.*, 221).

(4) Ulp., XX, 14, 15; XXII, 3.

(5) Gaius, III, 56. Le droit du patron est ici refusé aux héritiers siens exhérédés : c'est une différence avec la règle admise pour les affranchis citoyens (Voir d'autres différences dans Gaius, III, 59-62). Cette règle fut réformée en 42 par le Sc. Largien : il appelle en première ligne le patron, puis ses descendants les plus proches non exhérédés nominativement, enfin les autres héritiers (Gaius, III, 63-71). Le patron peut aussi léguer son droit (Rescr. Pii, Gaius, II, 195).

(6) C., VII, 6 pr. : *Qui quasi liber moratus est, eripitur non solum in mortem, sed etiam in servitutem.* Le passage de Salvien (c. *avaritium*, III, 7) qu'on cite souvent n'a pas rapport aux affranchis.

(7) Gaius, I, 35; III, 72, 73; Tac., *Ann.*, XIII, 27; Plin., *Ep.*, VII, 16.

(8) P. 115, 2. Cette faveur, d'abord réservée aux mineurs de trente ans, fut étendue à tous les Latins juniens par le Sc. Pégasien, sous Vespasien (Gaius, I, 29-32).

(9) Gaius, I, 32b-34; Ulp., III, 1-5. Femme qui a eu trois enfants : Sc. sur l'*erroris causæ probatio* (Gaius, I, 67-71).

affranchissement, ont été condamnés à des peines graves par leurs maîtres ou par les juges compétents (1). D'après Gaius, la situation qui leur est faite est la pire de toutes : 1° ils n'ont aucune chance de devenir citoyens romains; 2° on les traite comme les pérégrins qui, en guerre avec Rome, ont dû se rendre à discrétion : d'où leur nom de déditices. On leur interdit de séjourner à Rome et dans un rayon de cent milles : en cas de contravention, leurs biens sont confisqués; eux-mêmes sont vendus comme esclaves au profit du trésor, sous la condition de ne jamais servir ni à Rome ni dans le rayon de cent milles, et de ne jamais être affranchis; 3° ils ne peuvent recueillir ni une hérédité, ni un legs, ni même un fidéicommis depuis un Sc. du règne d'Hadrien (2); 4° suivant l'opinion qui a prévalu, ils ne peuvent tester ni suivant la loi romaine puisqu'ils ne sont pas citoyens, ni suivant le droit pérégrin, car ils n'appartiennent à aucune cité. On applique aux biens qu'ils laissent à leur décès les règles établies soit pour les affranchis citoyens, soit pour les Latins Juniens, suivant que les déditices auraient appartenu à l'une ou à l'autre catégorie en l'absence du vice qui les a fait descendre dans la classe inférieure (3). 5° La condition de déditice est héréditaire, par application de la loi Minicia (4).

CHAPITRE III

Des personnes en tutelle ou en curatelle.

Les personnes en tutelle ou en curatelle sont des citoyens *sui juris* qui jouissent de la capacité juridique, mais qui sont, en fait, incapables d'exercer leurs droits. Elles forment une classe à part, dont la situation ne peut être définie d'une manière générale, car elle varie suivant qu'il s'agit des impubères, des femmes, des fous ou des prodigues, des mineurs de vingt-cinq ans, des absents ou des captifs.

(1) Gaius, I, 13; Ulp., I, 12; Paul, IV, 12, 5-8.
(2) Gaius, I, 14, 25-27; II, 285; III, 74-76; Ulp., XX, 14, 15; XXII, 2.
(3) Ulp., XX, 14.
(4) Gaius, I, 67, 68. L'enfant d'un affranchi déditice peut échapper à la condition de son père ou de sa mère lorsqu'il est en mesure d'invoquer le Sc. sur l'*erroris causæ probatio*.

I

LA TUTELLE.

I. But et caractère de la tutelle. — 1° La tutelle avait jadis pour but de protéger les enfants et les femmes *sui juris* contre les attaques qui menaçaient leurs biens (I, 318); plus tard, de les diriger dans l'accomplissement des actes juridiques ou dans l'exercice des actions en justice, *auctoritatis interpositio* (I, 321). En droit classique, l'*auctoritas* n'est plus guère le trait caractéristique de la tutelle que pour les femmes, et encore n'a-t-elle qu'une application restreinte. Pour les impubères, l'*auctoritas* passe au second plan; sauf un petit nombre de cas, elle peut être remplacée par une *negotiorum gestio*. Le but principal de la tutelle, c'est l'administration des biens (I, 307).

2° La tutelle qui, autrefois (I, 326), était un devoir (*officium*), est maintenant une charge, une fonction soumise au contrôle de l'État (*munus civile*) (1), et qu'on ne peut décliner sauf dans les cas prévus par la loi. Comme les autres institutions relatives au droit des personnes, elle a été plus étroitement réglementée par la loi lorsque les mœurs ont été impuissantes à assurer l'observation des devoirs du tuteur et à procurer aux incapables une protection efficace. L'ingérence de l'État fut admise d'autant plus aisément que l'autorité publique eut souvent à intervenir pour la nomination des tuteurs.

II. Délation de la tutelle. — Il y a toujours quatre classes de tutelles : tutelle testamentaire, légitime, fiduciaire, atilienne. Les innovations principales portent sur les tutelles légitime et atilienne. La tutelle légitime a perdu une partie de son application : la tutelle des gentils est tombée en désuétude (2); la tutelle agnatique des femmes a été supprimée par la loi Claudia (3). Le droit nouveau favorise la délation de la tutelle aux personnes désignées même irrégulièrement par le père du pupille : il les préfère à celles que la loi appelle, sans vérifier leur aptitude à remplir leurs fonctions. Il exige seulement que le tuteur irrégulièrement nommé soit confirmé par le magistrat. Cette confirmation a lieu sans enquête : elle n'a d'autre but que de couvrir l'irrégularité de l'acte; le tuteur est traité comme un

(1) Mod., 2. Exc., D., XXVII, 1, 6, 15.
(2) Gaius, III, 17. Elle existait encore au temps d'Auguste : *Turiæ laudatio*. Cf Mommsen, *Abhandlungen der Berliner Akad. d. W.*, 1863; Karlowa, I, 809.
(3) Gaius, I, 157, 171. Cette suppression a entraîné celle de la *tutela cessitia*.

tuteur testamentaire. Les constitutions impériales ont fait plus encore : si le tuteur est nommé dans un codicille non confirmé ou par un testateur qui n'a pas qualité pour faire cette nomination, le magistrat pourra le confirmer après enquête (p. 53, 6).

La nomination des tuteurs par l'autorité publique a reçu une large application et a été réglementée à nouveau. Le droit d'y procéder a été étendu aux gouverneurs de provinces par la loi Titia et la loi Julia (1). Claude retira au Préteur urbain et aux tribuns de la plèbe le droit qu'ils tenaient de la loi Atilia : il le conféra aux consuls. Le Préteur ne conserva que le droit de nommer seul un tuteur *ad hoc* (I, 562), droit qu'il tenait de la coutume (2). Un Sc. du règne de Marc-Aurèle substitua aux consuls un Préteur spécial (*prætor tutelaris*) pour Rome et la région environnante (3) ; dans le reste de l'Italie, la nomination des tuteurs fut confiée aux *juridici* (4). Enfin Caracalla autorisa les magistrats municipaux à nommer des tuteurs, mais seulement s'ils trouvent dans leur cité des personnes aptes à en remplir les fonctions; sinon ils doivent en chercher dans les cités voisines et les désigner au *juridicus* ou au gouverneur de la province qui les nommera pourvu qu'elles soient domiciliées dans son ressort (5).

La nomination des tuteurs a lieu sur requête adressée aux magistrats et après enquête. La requête peut être présentée par les parents ou amis du pupille (*petitio*) ou par le pupille lui-même; elle doit l'être, en vertu d'un rescrit de S. Sévère, par la mère du pupille, sous peine d'être déchue comme indigne de

(1) On n'a pas de renseignements précis sur ces lois. Quelques auteurs pensent qu'elles forment une seule loi Julia Titia. L'opinion contraire paraît confirmée par Fr. Sinaï (20), qui mentionne un *legis Titiæ titulus*.

(2) Suet., Claud., 13; Ulp., XI, 24; Gaius, I, 173-176, 180-187. En cas d'opposition d'intérêts entre le pupille et son tuteur, certains jurisconsultes pensaient (Gaius, I, 184) que, depuis la suppression des actions de la loi, la nomination d'un tuteur *ad hoc* était inutile; d'autres étaient d'avis qu'elle conservait son utilité en cas de *judicium legitimum*. Dans la suite, on se contenta de nommer un curateur *ad litem* (p. 169, 5).

(3) Capitol., *Ant. phil.*, 10. *C. I. L.*, V, 1874. D'après Tryph. (13 Disp., D., XXVII, 1, 45, 3), le préfet de la ville est aussi compétent pour nommer des tuteurs, sans doute aux enfants des clarissimes comme à l'époque ultérieure. On ignore à quelle date remonte cette attribution du préfet. Cf. Vigneaux, 204.

(4) Ulp., *Vat. fr.*, 225, 232. Avant la création des *juridici*, les tuteurs étaient nommés en Italie par les magistrats municipaux : il en était ainsi sous Hadrien (ap. Ulp., 36 ad Ed., D., XXVII, 8, 1, 9) et peut-être plus tôt. Dans le municipe latin de Salpensa, ce droit leur appartient sous Domitien (*Lex Salp.*, c. 29). Un Sc. du règne de Trajan accorde aux pupilles une action utile subsidiaire contre les magistrats municipaux *tutorum nominatores* (C., V, 75, 5). — En Egypte, sous Antonin le Pieux, le *jus dandi tutoris* appartient aux administrateurs des nomes : papyrus de Genève (Nicole, *Rev. arch.*, XXIV, 65; Erman, *Z. Sav. St.* XV, 247).

(5) Ulp., *loc. cit.*, 1, 10; XXVI, 5, 3; Carac., C., V, 32, 1.

la succession *ab* intestat de son fils, par l'affranchi de son père sous peine d'être traduit devant le gouverneur et d'être puni pour avoir manqué à son devoir (*obsequium desertum*) (1). Le magistrat examine si la personne qui lui est proposée par la mère ou par l'affranchi est apte à gérer convenablement la tutelle. Sinon il demande qu'on lui en propose une autre ; il peut charger les magistrats municipaux, lorsqu'ils n'ont pas eux-mêmes le *jus dandi tutorem,* de lui faire des propositions (2).

Le magistrat nomme un tuteur unique, à moins que le pupille n'ait des immeubles dans des provinces différentes (3). Les nécessités de l'administration obligent ici à multiplier les tuteurs.

Le tuteur nommé par le magistrat ne peut décliner cette fonction que s'il a une excuse à faire valoir (4), ou s'il peut désigner une personne qui lui soit préférable (*potioris nominatio*) (5). Une fois en charge, il peut s'excuser temporairement en cas d'absence pour le service de l'État, ou lorsqu'il est nommé membre du conseil impérial ou *commentariensis* du préfet du prétoire (6).

III. TUTELLE DES IMPUBÈRES. — § 1er. *Capacité du pupille.* — Dans l'ancien droit, le pupille *infans* était entièrement incapable. Le pupille sorti de l'*infantia* (7) était capable de prendre part à un acte juridique avec l'*auctoritas* de son tuteur (I, 323). Le droit classique a introduit deux innovations : 1° il a jugé inutile l'intervention du tuteur pour une catégorie d'actes, ceux qui rendent meilleure la condition du pupille. Ces actes s'apprécient, non pas d'après leur résultat, mais d'une manière abstraite : il ne s'agit pas de savoir s'ils sont avantageux au pupille, mais si,

(1) Fr. SINAÏ, 20; MOD., 2 Exc., D., XXVI, 6, 2, 1 et 2; ULP., 13 ad Sab., D., XXXVIII, 17, 2, 23 et 47 ; CARAC., C., V, 31, 2.

(2) ULP., D. XXVII, 8, 1, 3. Un Sc. de Marc-Aurèle limite le choix du tuteur lorsqu'il s'agit d'un affranchi : on doit choisir un affranchi de la même localité ; à défaut seulement on pourra nommer un ingénu (MOD., 1 Exc., D., XXVII, 1, 1, 4).

(3) ULP., *Vat. fr.*, 232 ; D., XXVI, 2, 15; XLVI, 7, 3, 7.

(4) Les causes d'excuses ont été déterminées par la loi : les unes sont propres à la tutelle, les autres sont communes à tous les *munera civilia.* Voir Dig., XXVII, 1 ; COD. JUST., V, 62; X, 48; *Vat. fr.*, 123-247.

(5) La *potioris nominatio* apparaît dans un rescrit de Marc-Aurèle (*Vat. fr.*, 210), et a été vraisemblablement introduite par un Sc. rendu sous cet empereur en matière de tutelle. Elle a été restreinte par un Sc. de S. Sévère (*Vat. fr.*, 158, 212, 214).

(6) *Vat. fr.*, 135, 222; SEV., CAR., ap. PAP., 5 Resp., D., XXVII, 1, 30 pr. Cf. notre *Conseil des Empereurs*, p. 351.

(7) On trouve dans Gaius (III, 109) la trace d'une distinction entre les pupilles *infantia majores :* l'*infanti proximus* n'a, disait-on, guère plus d'intelligence qu'un *infans* ou un fou; il est incapable. Une raison d'utilité pratique a fait écarter cette distinction : une interprétation bienveillante admet que l'enfant peut stipuler ou promettre dès qu'il est en état de parler correctement. Cf. D., XLIV, 7, 1, 13.

en raison de leur nature, ils augmentent son patrimoine. Ces actes sont de deux sortes : ils impliquent l'acquisition d'un droit ou la libération d'une charge. Désormais le pupille sorti de l'*infantia* n'a besoin de l'*auctoritas* du tuteur que pour les actes qui rendent sa condition pire, c'est-à-dire qui impliquent une aliénation ou une obligation.

La règle qui précède a été faite pour les actes unilatéraux auxquels elle s'applique sans difficulté (1). On l'a étendue aux actes bilatéraux, qui rendent la condition du pupille meilleure et pire à la fois : comme la vente qui le rend créancier d'une chose et débiteur du prix, le prêt qui implique l'aliénation d'une quantité et l'acquisition d'une créance, le payement qui libère le pupille d'une obligation, mais le force à aliéner l'objet promis. Tous ces actes sont valables *ex uno latere*, au regard de celui qui a traité avec le pupille, nuls en ce qui concerne le pupille, ou du moins ne l'obligent, depuis Antonin le Pieux, que dans la mesure de son enrichissement (2). C'est là un résultat peu pratique : la situation défavorable faite aux tiers a dû les détourner de conclure avec un pupille non autorisé des actes où ils avaient des risques sérieux à courir.

2° Le pupille d'un âge voisin de celui de la puberté (*pubertati proximus*) est responsable de ses délits (I, 324, 1). On le considère comme capable de discernement (*doli capax*) (3).

§ 2. *Fonctions du tuteur.* — Le tuteur a une double fonction : il doit : 1° diriger le pupille dans l'accomplissement des actes juridiques qui l'intéressent, ou au besoin les faire à sa place comme un gérant d'affaires; 2° administrer ses biens. Il ne lui appartient pas de décider qui aura la garde du pupille et sera chargé de son éducation (I, 325) ; c'est l'affaire du magistrat et du conseil de famille (p. 80).

Dans l'ancien droit, la première fonction (*auctoritatis interpositio*) était seule obligatoire : le tuteur qui la négligeait était écarté comme suspect (I, 328). Il n'en était pas de même de la seconde : le tuteur pouvait impunément s'abstenir d'administrer (I, 326). On n'était pas fondé à lui reprocher de ne pas remplir

(1) Gaius, III, 107, 109; 12 ad Ed. prov., D., XXVI, 8, 9 pr.

(2) Ulp., 40 ad Sab., *eod.*, 5 pr., 1; 32 ad Ed., D., XIX, 1, 13, 29. En fut-il autrement lorsqu'on eut admis que le pupille était capable de s'obliger naturellement? Quand il réclame l'exécution d'un contrat de bonne foi, peut-on lui opposer en compensation sa dette naturelle? Cela nous paraît douteux : ce serait priver le pupille de la protection que la loi lui a accordée en exigeant l'*auctoritas* du tuteur. Cette considération nous semble plus forte que la raison d'équité qui motive la compensation.

(3) Cf. Ulp., 30 ad Ed., D., XVI, 3, 1, 15; Gaius, 2 ad ed. prov. D., L, 17, 111 pr.

un devoir qui l'exposait à faire des avances qu'il n'était pas sûr de recouvrer. Il en fut autrement lorsque le Préteur eut assuré au tuteur un recours contre le pupille. Peu de temps après la création de l'action *tutelæ contraria* (1), la loi Claudia imposa aux tuteurs l'obligation d'administrer et chargea sans doute les consuls de les y contraindre le cas échéant (2).

1°. *Auctoritatis interpositio; negotiorum gestio.* — Le tuteur ne peut jouer le rôle d'*auctor* que si le pupille est sorti de l'*infantia*. Anciennement, tant que le pupille était *infans*, le tuteur pouvait bien exercer une action de la loi (I, 408, 3), mais pour tout autre acte il n'avait que la ressource de le faire faire par un esclave de l'*infans* (3) si c'était possible (I, 325, 3). Lorsque le pupille était *infantia major* (4), c'est lui-même qui devait accomplir l'acte avec l'*auctoritas* du tuteur (I, 321, 1). En droit classique, le tuteur a plus de latitude : d'abord pour les actes qui peuvent se conclure entre absents comme la vente ou le louage, il suffit qu'il donne l'*auctoritas* lors de l'acceptation par le pupille (5). Puis le tuteur peut faire la plupart des actes qui intéressent le pupille : il joue alors le rôle d'un gérant d'affaires (6). Les effets de cette gestion sont très différents suivant les cas :

a) En principe, on applique les règles ordinaires de la gestion d'affaires : l'acte produit ses effets en la personne du tuteur. C'est lui qui devient créancier ou débiteur, mais il sera tenu de transférer au pupille le bénéfice de la créance, et réciproquement il se fera tenir compte des engagements qu'il a utilement contractés. En pratique, il devait s'abstenir de faire l'acte ; il évitait une complication et le risque de l'insolvabilité du pupille : il faisait faire l'acte par le pupille avec son *auctoritas* (7).

(1) L'action existait au temps de Labéon (Ulp., 36 ad Ed., D., XXVII, 4, 3 pr.).

(2) Les textes ne disent pas expressément que l'obligation d'administrer ni celle de fournir caution aient été imposées par la loi Claudia, mais cela paraît résulter du rapprochement établi par Inst. (I, 20, 3) entre cette double innovation et la disposition qui conféra aux consuls le droit de nommer des tuteurs. Karlowa (II, 1187) pense que la loi ne fit que consacrer une pratique antérieure introduite par l'édit.

(3) T. Ier, 193; 6, 194, 2-4. Mod., de ereum., D., XXIX, 2, 50.

(4) L'âge de sept ans est le terme de l'*infantia* sous Justinien. Il est douteux qu'il en ait été de même en droit classique : on ne trouve qu'une application isolée de cette règle (Ulp., D., XXVI, 7, 1, 2). Quant à Mod. (D., XXIII, 1, 14), il est interpolé; il fixe l'âge de sept ans après avoir dit : *ætas definita non est* (Voir notre article infans, *Dict. des Antiq.*, V, 486. Contra : Bry, *Principes de droit romain*, 2e éd., p. 112; May, *Eléments de droit romain*, 5e édit., p. 123; Petit, *Traité élémentaire de droit romain*, 3e édit., p. 128).

(5) Gaius, 12 ad Ed. prov., D., XXVI, 8, 9, 6. Cf. Paul, 8 ad Sab., *eod.*, 3 : *Cum se probare dicit quod agitur*. Paul semble ici transformer l'*auctoritas* en une simple autorisation.

(6) Varr., *R. r.*, III, 2, 17; Cic., *ad Att.*, XIII, 6, 2.

(7) Le tuteur ne peut, sans engager sa responsabilité, se dispenser de donner son

b) Au IIe siècle, lorsqu'on admit qu'on pourrait acquérir ou transmettre la possession par l'intermédiaire d'autrui (p. 213), il y eut une série d'actes qui, faits par le tuteur au nom du pupille, produisirent leurs effets en la personne de celui-ci : acquérir la possession et, par voie de conséquence, la propriété, aliéner, prêter, hypothéquer, recevoir un payement. Le tuteur n'hésita plus à faire ces actes lui-même; par une faveur spéciale, il put les faire même si le pupille était *infans*.

c) A la même époque, on admit que si le pupille *infans* n'a pas d'esclave, ou que, *infantia major*, il est absent, l'acte fait au nom du pupille produirait ses effets en sa personne comme s'il y avait eu représentation (1). Les actions sont données comme actions utiles au pupille ou contre lui (2). C'est là une innovation considérable et qui facilite singulièrement la gestion de la tutelle : l'absence du pupille devait être fréquente alors que le tuteur n'avait pas la garde de sa personne. — La même règle a été appliquée aux actions en justice (3) : le tuteur d'un pupille *infans* ou d'un *infantia major* absent doit les exercer ou y défendre, et il n'est pas toujours, comme un mandataire *ad agendum*, tenu de fournir la caution *ratam rem dominum habiturum* (4).

Quant aux actes qui exigent l'intervention personnelle de l'intéressé, comme la mancipation, l'acceptilation, l'adition d'hérédité (I, 537, 2), ils sont par leur nature interdits au tuteur et ne peuvent pas davantage être accomplis par le pupille *infans*. Il y avait là une entrave à l'administration des biens : le droit clas-

auctoritas, lorsque l'intérêt du pupille l'exige (Paul, 6 ad Ed., D., XXVI, 8, 17). S'il y a procès entre le pupille et lui, il doit faire nommer un tuteur *ad hoc*, car *tutor in re sua auctor esse non potest* (Lab., 5 Pith., *eod.*, 22; Gaius, I, 184).

(1) Ner., 6 Reg., D., XLI, 1, 13, 1; Car., ap. Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 7, 11, 6; Paul, 54 ad Ed., D., XLI, 2, 1, 20; 9 Resp., D., XXVI, 7, 46, 5. Cf. p. 341.

(2) Jul., ap. Ulp., D., XXVI, 7, 9 pr.; Pius, ap. Ulp., 9 ad Ed., *eod.*, 2 pr.; Marcel., *eod.*, 2, 1; Ulp., 1 ad Sab., D., XXXVII, 2, 7, 1; Paul, *eod.*, 8; Pap., ap. Ulp., D., XXI, 2, 4, 1; Diocl., C., V, 39, 5. Cf. Ulp., D., XXVI, 1, 3, pr.

(3) Ulp., D., XXXVIII, 17, 2, 13; Alex., C., VI, 12, 2; Diocl., VI, 9, 3.

(4) Gaius, IV, 99; Gord., C., V, 37, 13. Parfois un procès est intenté par un pupille assisté d'un faux tuteur. Si cette personne est intervenue par dol, le Préteur ne veut pas que le demandeur, qui a cru avoir affaire au vrai tuteur, soit victime de cette fraude (Ulp., 12 ad Ed., D., XXVII, 6, 1 pr.; 7 pr., 1). Il lui donne contre l'auteur du dol une action pour se faire indemniser du préjudice causé (*Ibid.*, 7, 2). Cette action, qui existait au temps de Labéon (ap. Ulp., 9, 1), est pénale, annale, intransmissible passivement. Il y joint, s'il y a lieu, une *in integrum restitutio* (*Ibid.*, 1, 6; Pomp., 7, 3). — Il ne servirait de rien que le faux tuteur ait averti la partie adverse si celle-ci, de bonne foi, ne l'a pas cru (Lab., ap. Paul, *eod.*, 2). Il est également indifférent que le pupille soit ou non au courant de la fraude (Paul, *eod.*, 6). Une règle analogue a été appliquée par l'Edit à tout contrat conclu par le pupille avec l'*auctoritas* d'un faux tuteur (Ulp., 35 ad Ed., *eod.*, 11 pr., 1).

sique l'a écartée en pratique, sinon en théorie. Le tuteur qui voudra aliéner une *res mancipi* aura recours à la tradition qui conférera à l'acquéreur l'*in bonis* en attendant que l'achèvement de l'usucapion confère la propriété quiritaire. L'acceptilation sera remplacée par un pacte de remise. Quant à l'adition d'hérédité, si le pupille est en mesure de réclamer la succession comme *bonorum possessor*, son tuteur demandera pour lui la *bonorum possessio*.

2° *Bonorum administratio*. — L'administration des biens du pupille impose au tuteur plusieurs obligations : 1° dès son entrée en charge, il doit faire l'inventaire des biens du pupille. Toute négligence à cet égard est réputée dolosive, et engage la responsabilité du tuteur. On pourra prouver de toutes manières, même par le serment du pupille, la valeur des biens à administrer (1).

2° Il doit fournir caution (*rem pupilli salvam fore*). Cette caution qui s'obligea d'abord dans la forme de la stipulation et qui, au IIIe siècle, est tenue par cela seul qu'elle laisse inscrire son nom sur les actes publics, en sa présence et sans protester, garantit le pupille contre les risques de l'insolvabilité du tuteur. Elle a été imposée au tuteur vraisemblablement par la loi Claudia; en tout cas, elle existe au temps de Trajan. Sont dispensés de cette obligation, les tuteurs testamentaires ou confirmés : on présume que le testateur les a choisis en connaissance de cause (2). La caution, agréée par le magistrat, s'oblige envers le pupille s'il est sorti de l'*infantia;* sinon envers un de ses esclaves, ou à défaut envers un *servus publicus* (3).

3° Il doit administrer en bon père de famille et au mieux des intérêts du pupille (4). En principe, tout acte accompli par lui de bonne foi est valable; tout acte fait de mauvaise foi est nul (5). Si cependant l'acte fait de bonne foi entraîne une lésion pour le pupille, le Préteur pourra le rescinder par l'*in integrum restitutio* (6) : la jurisprudence a étendu aux pupilles la protection promise par l'Edit aux mineurs de 25 ans.

Le tuteur jouit de pouvoirs étendus, en sa qualité d'administrateur : il est *domini loco* (I, 326, 2). Il doit cependant obtenir

(1) Ulp., 35 ad Ed., D., XXVI, 7, 7 pr.
(2) Ulp., 36 ad Ed., D., XXVII, 7, 4, 3; Diocl., C., V, 75, 5; Gaius, I, 199, 200.
(3) Ulp., 36 ad Ed., D., XXVII, 8, 1, 15 et 16.
(4) Callist., 4 de cogn., D., XXVI, 7, 33 pr. Cf. Paul, 38 ad Ed., *eod.*, 12, 3. Le tuteur est tenu de déposer en lieu sûr les fonds appartenant au pupille ou de les employer en achats d'immeubles, sous peine d'être jeté en prison s'il est *humilior* (Ulp., D., XXVI, 10, 3, 16). On discute la question de savoir si cette obligation lui fut imposée par l'édit (Cf. Karlowa, II, 1190. Lenel, *E. P.*, 252).
(5) Resc. Traj., Hadr., ap. Paul, 38 ad Ed., *eod.*, 12, 1.
(6) Scæv., 1 Resp., D., IV, 4, 49 pr.; Mod., 2 Resp., *eod.*, 27 pr.

l'autorisation du magistrat : *a*) pour les actes de pure libéralité (1) ; *b*) pour la fixation de la somme destinée à l'entretien du pupille (2) ; *c*) en vertu d'un Sc. de S. Sévère pour l'aliénation des fonds ruraux ou suburbains provenant de l'héritage paternel (3). Cette aliénation ne sera permise que si elle paraît nécessaire pour payer les dettes de la succession (4). Le décret du magistrat n'est pas exigé si l'aliénation a été autorisée par le testament du père ou par un codicille, ou, en cas d'indivision, si elle est provoquée par un communiste.

4° Le tuteur est responsable de son dol et de ses négligences (5). S'il s'abstient d'administrer, s'il ne fait pas valoir ses excuses dans un délai déterminé, il engage sa responsabilité : *periculo suo cessat*. En un mot, toutes les fois qu'il ne se comporte pas en bon père de famille, c'est à ses risques et périls (6). S'il est temporairement empêché d'administrer, s'il se trouve intéressé à un acte en même temps que le pupille, il doit se faire remplacer par un curateur spécial (7). Mais il faut un tuteur *ad hoc* s'il s'agit d'un acte solennel exigeant la présence personnelle du pupille et une *auctoritas* pour compléter sa capacité.

5° Comme tout administrateur, le tuteur doit rendre ses comptes à la fin de la tutelle et a droit au remboursement de ses avances. Deux actions sanctionnent ces deux obligations : le pupille a contre son tuteur l'action *tutelæ directa*, qui est une action

(1) Cette restriction n'existait pas au temps de Labéon (ap. Ulp., 36 ad Ed., D., XXVII, 3, 1, 4-5), ni au milieu du Ier siècle (*C. I. L.*, X, 84). Elle est mentionnée par Julien (ap. Ulp., *eod.*, 1, 2). Cf. Paul, D., XXVI, 7, 22, 46, 7.

(2) Ulp., 36 ad Ed., D., XXVII, 2, 2, 1-2.

(3) 13 juin 195 (Ulp., D., XXVII, 9, 1, 1-2). Cf. Ulp., D., XXVI, 10, 3, 15. Cette restriction, qui avait son analogue dans certains édits provinciaux (Gaius, 7 ad Ed. prov., D., VI, 2, 13, 2), fut édictée pour Rome et la région soumise à la juridiction du Préteur urbain, puis étendue aux provinces (Val., Gall., C., V, 71, 5). Elle a pour sanction la nullité de l'aliénation; Justinien a limité à cinq ans, à dater de la majorité, le droit de faire annuler l'aliénation (C., V, 73, 3, 1).

(4) Ulp., D., XXVII, 9, 5, 14 et 15. Cf. Gaius, D., XXVI, 7, 13, 1.

(5) Ulp., D., XXVI, 7, 10; Mod., *Collat.*, X, 2, 3. Certains jurisconsultes n'exigeaient du tuteur que la diligence qu'il apportait à ses propres affaires (Ulp., *eod.*, 1).

(6) Cic., 2a *in Verr.*, I, 41, 106; Ulp., *Vat. fr.*, 155. Lorsque les consuls eurent été chargés de la *tutoris datio* et sans doute aussi de la surveillance des tuteurs, ils les forcèrent à administrer en faisant saisir quelques-uns de leurs biens (*pignoris capio.*, Inst., I, 24, 3) et en décrétant qu'ils seraient responsables de leur inaction. Depuis Marc-Aurèle, ce décret n'est plus nécessaire : la responsabilité du tuteur commence à l'expiration d'un certain délai (Ulp., D., XXVI, 7, 1, 1); elle est sanctionnée par une action de tutelle utile (Ulp., D., XLVI, 6, 4, 3).

(7) Paul, D., XXVI, 8, 18-19; Pomp., D., XXVI, 1, 13 : *Magis administrator rerum quam curator esse intelligitur* (Paul, 2 ad Ed., D., XXVI, 5, 15; Mod., de ereum., D., XXVI, 10, 9; Ulp., 8 Reg., D., XLIX, 1, 17, 1). S. Sévère décida qu'on donnerait un curateur au pupille lorsque son tuteur serait devenu son collègue comme décurion (Mod., 3 Exc., D., XXVII, 1, 10, 6).

civile, de bonne foi (1), infamante (I, 329, 2), substituée à l'*arbitrium tutelæ* (I, 566). Le tuteur a contre le pupille l'action *tutelæ contraria* créée par le Préteur pour encourager les tuteurs à faire les avances nécessaires à l'administration des biens du pupille, sans avoir à redouter que le juge de l'action *tutelæ directa* refuse de leur en tenir compte, ou que le pupille n'exerce pas son action (2). La créance du pupille est privilégiée : en cas d'insolvabilité du tuteur, le pupille est payé avant tout autre créancier chirographaire (3).

Le pupille a en outre, suivant les cas, soit un recours contre les cautions fournies par le tuteur, soit une action subsidiaire contre les magistrats municipaux qui ont proposé au magistrat supérieur un tuteur *non idoneus* ou agréé des cautions insolvables (4). Contre le tuteur infidèle qui a commis un détournement, le pupille a une action au double qui remonte aux Douze Tables, l'action *rationibus distrahendis* (I, 328, 1-3; 329, 1).

§ 3. *Protuteur.* — Les biens du pupille sont parfois administrés soit par erreur, soit en connaissance de cause, par une personne qui n'est pas tutrice, mais qui agit dans l'intérêt de l'enfant (5). Il y aurait eu de graves inconvénients à tenir pour non avenus les actes faits sans dol par ce protuteur : il aurait fallu imposer aux tiers la preuve souvent difficile qu'ils ont traité avec le véritable tuteur. Le Préteur assimile le protuteur au tuteur : il a créé une action *protutelæ* qui permet de demander compte au protuteur de son administration, même avant que le pupille devienne pubère. De son côté, le protuteur a une action *tutelæ contraria* utile pour se faire rembourser ses avances. La jurisprudence a écarté sur un point l'assimilation du protuteur au tuteur : la vente consentie par le protuteur n'est pas opposable au pupille tant que l'usucapion n'est pas achevée (6). — Le protuteur, qui par erreur a fait fonction de tuteur, est tenu, dès qu'il sait qu'il n'est pas tuteur, d'avertir les parents ou

(1) Sab. D., XVII, 2, 38 pr.; Gaius, IV, 62, 182. L. Julia *municip.*, l. 111. Si le tuteur est un fils de famille et qu'il ait un pécule, son père sera tenu *de peculio* ou *de in rem verso*.

(2) Ulp., 36 ad Ed., D., XXVII, 4, 1, 4 et 8. En cas de pluralité de tuteurs, si l'un d'eux s'est chargé de l'administration en fournissant aux autres la caution *rem pupilli salvam fore*, ceux-ci ont un recours contre lui s'il a mal administré. Cette caution fournie aux tuteurs est distincte de celle qui est imposée à certains tuteurs au profit du pupille : elle peut être donnée même par un tuteur testamentaire (Ulp., 35 ad Ed., D., XXVI, 4, 5, 3; Diocl., C., V, 42, 4).

(3) Paul, 13 Quæst., D., XXVII, 3, 22; Herm., 3 jur. ep., *eod.*, 25.

(4) P. 152, 4. Cette action n'est jamais donnée contre les magistrats qui ont personnellement le *jus dandi tutoris* (Ulp., 36 ad Ed., D., XXVII, 8, 1, 1).

(5) Jav., 5 *Ep.*, D., XXVII, 5, 3; Ulp., *eod.*, 1, 1.

(6) Ulp., 1 pr. ; 1, 3; 5; Pomp., 16 ad Q. Muc., *eod.*, 4; Cels., 25 Dig., *eod.*, 2.

amis du pupille pour qu'ils sollicitent la nomination d'un tuteur.

§ 4. *Pluralité de tuteurs.* — Il n'est pas rare qu'un pupille ait plusieurs tuteurs légitimes ou testamentaires ou nommés par le magistrat. L'administration reste en ce cas indivise entre les tuteurs ; mais l'un d'eux peut se charger d'administrer seul en fournissant à ses cotuteurs la caution *rem pupilli salvam fore*. Cette règle introduite par le Préteur au profit des tuteurs testamentaires a été étendue par la jurisprudence aux tuteurs légitimes et aux tuteurs nommés sur enquête (1) : son application suppose le consentement des cotuteurs, mais ceux qui refusent doivent fournir caution (2). Les tuteurs peuvent aussi d'un commun accord confier à l'un d'eux la gestion de la tutelle (3). Le magistrat a le même droit lorsque, parmi les cotuteurs légitimes ou datifs, il en est de fous ou d'absents (4).

IV. Tutelle des femmes pubères. — Cette tutelle subsiste, mais avec des restrictions : 1° les lois caducaires en exemptent les femmes ingénues qui ont trois enfants, les affranchies qui en ont quatre (5) ; la loi Claudia a supprimé la tutelle légitime des agnats ; la jurisprudence a limité les cas où l'*auctoritas* du tuteur est nécessaire (I, 317) et n'a guère conservé sa valeur qu'à la tutelle du patron et à celle du père émancipateur : ce sont les seules que les femmes ne puissent écarter par l'expédient d'une tutelle fiduciaire (I, 564, 3-4) (6).

La décadence de la tutelle des femmes (7), la défaveur dans laquelle elle est tombée auraient eu des inconvénients sérieux si l'on n'eût pourvu d'une autre manière aux intérêts des femmes

(1) Ulp., D., XXVI, 4, 5, 3, XXVI, 2, 17 pr. ; Marcel., *eod.*, 19, 1 ; Diocl., C., V, 42, 4).

(2) Il peut y avoir entre eux des causes de préférence (Callistr., *eod.*, 18 ; Ulp., *eod.*, 17, 1-2.)

(3) Ulp., D., XXVI, 7, 3, 6-9 ; XLVI, 7, 3, 5.

(4) Lab., ap. Ulp., D., XXVI, 4, 5, 2.

(5) Gaius, I, 145 ; III, 44 ; Ulp., XXIX, 3. Cf. notre article liberorum jus (*Dict. des Antiq.*, V, 1193). Dans l'ancien droit, les vestales seules étaient exemptes de la tutelle (I, 165, 1).

(6) L'*auctoritas* du tuteur n'est requise ni pour aliéner les *res nec mancipi*, ni pour aliéner la possession des *res mancipi*. Elle n'est pas exigée pour les actes juridiques qui rendent la condition meilleure (Gaius, III, 108), pour le *judicium imperio continens*, pour la constitution d'un *procurator* (Ulp., XI, 27 ; Pap., *Vat. fr.*, 327 ; Diocl., *eod.*, 325). Julien (*Vat. fr.*, 1) va même jusqu'à permettre l'usucapion d'une *res mancipi* achetée sciemment sans l'*auctoritas* du tuteur : il suffit que le prix soit payé. Julien se fonde sur une *constitutio Rutiliana* dont on ignore la teneur. Cf. Voigt, *Rg.*, I, 557 ; Karlowa, II, 404.

(7) On en trouve encore un exemple au milieu du IVe siècle dans un papyrus cité p. 65, 8. La tutelle des femmes est assez souvent mentionnée dans les papyrus gréco-égyptiens. Les femmes mariées étaient, en Egypte, sous la tutelle de leur mari. Cf. Mitteis, 218 ; papyrus de Vienne, 146.

qui, en raison de leur jeune âge, étaient trop inexpérimentées pour administrer leurs biens : on leur donne un curateur comme aux mineurs de vingt-cinq ans, à moins que leur père n'ait eu la précaution de le désigner d'office dans son testament. Les femmes *sui juris* mineures de vingt-cinq ans ont donc simultanément un tuteur et un curateur (1).

V. Extinction de la tutelle. — Les causes d'extinction de la tutelle ont été indiquées (I, 330) : il suffira de rappeler qu'ordinairement la tutelle prend fin lorsque le pupille devient pubère (I, 332, 4; 323, 1-2). Parmi les causes d'extinction, il en est une qui a été réglementée à nouveau par la jurisprudence et par les empereurs : c'est la *postulatio suspecti tutoris* (I, 321).

Le tuteur, suspect en raison de son dol, de ses fautes lourdes, de sa mauvaise administration, peut être déchu de ses fonctions avant la fin de la tutelle (I, 321, 4). Le droit de provoquer sa destitution peut être exercé par tout citoyen : la *postulatio suspecti* est devenue une action quasi publique. Elle appartient plus spécialement aux parents, cognats ou alliés, au cotuteur, à l'affranchi paternel et même aux femmes (mère, grand'mère, sœur, nourrice) (2). La requête est soumise au préfet de la ville ou au préteur à Rome, au gouverneur dans les provinces. Le décret prononçant la destitution du tuteur entraîne l'infamie en cas de dol. En outre, s'il y a des malversations trop graves, le tuteur est déféré au préfet de la ville, qui lui infligera une peine corporelle (3).

II

LA CURATELLE.

I. Nature et caractère de la curatelle. — 1° La curatelle avait anciennement pour objet de prendre soin des biens d'une personne pubère *sui juris* qui n'avait pas la lucidité ou la fermeté d'esprit nécessaire pour la bonne administration de son patrimoine (I, 309) : fous, prodigues et, depuis la loi Plætoria, certains

(1) Une inscription de Gytheion (Lebas-Foucart, VI, 243 a) donne au tuteur d'une femme le titre de φροντιστὴς καὶ κύριος (*curator et tutor*). Est-ce à dire qu'il cumulait les deux fonctions? Mitteis (*Reichsr.* 155) croit plutôt que le rédacteur de l'acte a réuni les deux titres parce qu'il n'en saisissait pas la différence.

(2) Ulp., 35 ad Ed., D., XXVII, 10, 1, 6; 3 pr., 1; 3, 5; 7, 1; Gord., C., V, 42, 6, 3; Serv., ap. Ulp., 1, 7.

(3) Ulp., 1, 3-4; 1, 18; 1, 8. Pour les affranchis, il suffit qu'il y ait fraude (*Ibid.*, 2). Sur l'interprétation du texte précédent qui ne parle que des *plebeii*, cf. Vigneaux, *op. cit.*, p. 204.

mineurs de vingt-cinq ans (I, 312, 313, 570). Le rôle du curateur était celui d'un administrateur. Cette notion de la curatelle subsiste en droit classique : elle n'est plus la seule. Il y a des *curatores bonorum* chargés de la garde (1) de biens dont le maître est simplement conçu (2), insolvable (3), mort (4) ou absent (5), ou qui ont été l'objet d'un envoi en possession en vertu d'un décret du Préteur (6). Il y a aussi des cas où le rôle du curateur consiste à conseiller l'incapable dans la conclusion des actes juridiques ou dans l'exercice des actions en justice. Le *consensus* du curateur se rapproche ici, dans le fond, sinon dans la forme, de l'*auctoritas* du tuteur. Cette conception a été admise pour la curatelle du mineur de vingt-cinq ans (I, 571, 1) (7).

2° De même que la tutelle, la curatelle a changé de caractère. Les deux institutions autrefois si distinctes se rapprochent de plus en plus. La curatelle, qui dans le principe était étrangère à la sphère du droit (I, 316), devient une charge publique (*munus civile*) (8), soumise au contrôle de l'État. L'ingérence de l'État est même ici plus grande encore : le magistrat est autorisé à exclure le curateur légitime lorsqu'il n'est pas apte à remplir ses fonctions; le curateur désigné par le père de l'incapable dans son testament, bien qu'il soit d'usage de le confirmer sans enquête, a besoin de l'investiture du magistrat (9).

Les règles sur la délation de la tutelle par le magistrat (10), les

(1) Herm. (D., XXVI, 7, 48) signale la différence entre la *cura personæ* et la *cura bonorum :* l'une confère *rerum administratio*, l'autre *sola custodia et rerum, quæ deteriores futuræ sunt, venditio*.

(2) Cette curatelle existait au temps de Cicéron (Serv., D., XXXVII, 9, 1, 24).

(3) Le curateur est ici chargé par le *magister bonorum* de vendre les biens (Cf. la loi agraire de 643, l. 57, *C. I. L.*, I, 200). Au début du II[e] siècle, en vertu d'un Sc. spécial aux personnes clarissimes, il est choisi et nommé par le préteur ou par le gouverneur de la province d'accord avec la majorité des créanciers (Gaius, 9 ad Ed. prov., D., XXVII, 10, 9; Ner., 9 Membr., *eod.*, 9).

(4) On suppose que l'hérédité n'est pas acceptée et qu'il y a urgence à payer les créanciers (Pomp., 1 ad Sab., D., XXVIII, 5, 23, 3) à qui l'on n'a pas fourni la caution *rem salvam fore* (Ulp., 31 ad Ed., D., XXXVII, 9, 1, 13; Pap., 28 Quæst., D., XXXVI, 3, 5, 1). Cf. Ulp., 6 de off. proc., D., XXVII, 16, 8, et pour le curateur en vertu de l'édit Carbonien, Ulp., 41 ad Ed., D., XXXVII, 10, 5, 2 et 5.

(5) Ulp., D., XXVI, 1, 6, 4; XLII, 5, 22, 1; IV, 6, 15 pr.

(6) Lab., ap. Ulp., 50 ad Ed., D., XLII, 4, 7, 10; Ulp., D., XLII, 5, 9, 3.

(7) On ne s'occupera ici que de la curatelle des fous, des prodigues, des mineurs de vingt-cinq ans, des absents, des captifs. Il y a encore d'autres curatelles : celles des muets, des sourds, des infirmes *qui superesse rebus suis non possunt* (Ulp., *eod.*, 12 pr.; Inst., I, 23, 4; Paul, D., III, 1, 4; XXVII, 10, 2), des *fatui* (Gaius, D., III, 1, 2).

(8) Herm., 1 Epist., D., L, 4, 1, 4.

(9) Gaius, 3 ad Ed. prov., D., XXVII, 10, 13. Pap., 5 Resp., *eod.*, 6; Mod., 6 Exc., D., XXVI, 3, 1, 3; Tryph., 13 Disp., *eod.* 26, 1.

(10) Le droit de nommer des curateurs appartient aux magistrats en vertu de leur *imperium :* on ne trouve ici aucune loi analogue à la loi Atilia.

excuses (1), les causes de destitution (2), la caution à fournir par le tuteur nommé sans enquête ont été appliquées à la curatelle (3). Les pouvoirs des curateurs qui administrent les biens ont été limités comme ceux des tuteurs (4). On trouve même la trace d'une action au double analogue à l'action *rationibus distrahendis*. Enfin les rapports entre le curateur et la personne en curatelle ont été sanctionnés par des actions *negotiorum gestorum directa* et *contraria* (5).

II. Curatelle du fou. — § 1er. Appréciée au point de vue moderne, la législation romaine en cette matière est assez imparfaite. Les fous ne sont pas, comme aujourd'hui, placés en état d'interdiction : ils conservent leur capacité juridique, mais, comme ils ne peuvent en user (6) tant qu'ils sont privés de raison, on leur donne un curateur chargé de prendre soin de leur personne et de leurs biens. L'inconvénient de ce système consiste à attribuer au fou qui a des intervalles lucides une capacité intermittente (7). On entrevoit la possibilité de surprises pour les tiers qui traiteront avec l'aliéné, de discussions sur le point de

(1) Gaius, I, 200; Inst., I, 23, 1; M. Aur., Inst., I, 25, 1; Sev., Carac., C., V, 69, 1; Ulp., *Vat. fr.*, 138.

(2) Jul., 21 Dig., D., XXVII, 10, 7, 1-2; Ulp., 35 ad Ed., D., XXVI, 10, 3, 2; Gord., C., V, 43, 6.

(3) Jul., *l. c.*; Ulp., 6 de off. proc., *eod.*, 8; Mod., 6 Resp., D., XXVII, 8, 8. Cf. Ulp., 69, 74 ad Ed., D., XLVI, 9, 4, § 4, 7-8; XXVII, 3, 16, 1.

(4) Cf. l'*oratio Severi :* Ulp., 35 ad Ed., D., XXVII, 9, 1, 1.

(5) Paul, II, 30; D., XXVII, 3, 43; Jul., *l. c.*; Ulp., D., XXVII, 4, 1, 2-3. Ces actions paraissent être des actions utiles et sont ainsi qualifiées par certains textes. Cf. Lenel, *E. P.*, 256. — L'action *neg. gest.* peut être intentée contre le curateur avant la fin de sa gestion.

(6) Gaius, 2 Aur., D., XLIV, 7, 1, 12 : *Furiosum sive stipulatur, sive promittat, nihil agere natura manifestum est* (Jul., 37 Dig., D., XXIX, 7, 2, 3).

(7) Diocl., C., IV, 38, 2. D'après Justinien (C., V, 4, 25), le droit classique distinguait entre le *furiosus* qui a des intervalles lucides et le *mente captus* qui n'en a pas. On discutait, dit-il, si le fils d'un *furiosus* pouvait se marier sans le consentement de son père. Ulpien invoquait pour l'affirmative un rescrit de Marc-Aurèle qui autorisait le mariage des enfants d'un *mente captus*, quel que fût leur sexe. D'autres appliquaient ce rescrit aux filles et non aux fils. Justinien donna au rescrit la portée la plus large (Inst., I, 10 pr.); mais il semble croire qu'on discutait aussi sur le point de savoir si ce qui était dit du *mente captus* devait s'entendre du *furiosus*. Rien ne confirme cette manière de voir. Les mots *furiosus*, *demens*, *mente captus*, sont employés comme synonymes dans un grand nombre de textes. — M. Audibert (*Etudes sur l'histoire du droit romain*, 1892, p. 15, 53) croit cependant que les progrès de la science médicale ont conduit les Romains à distinguer le *furiosus* qui est entièrement privé de raison et le *demens* ou *mente captus* qui n'en est privé que partiellement. Celui-ci serait l'individu poursuivi par une idée fixe, le monomane. Le Préteur aurait tenu compte de cette distinction : tandis que le *furiosus* était pourvu d'un curateur légitime, le *demens* aurait eu un curateur datif; l'incapacité du *demens* serait moins absolue que celle du *furiosus :* elle n'existerait que dans la mesure où il n'avait pas l'usage de ses facultés. Les textes juridiques invoqués à l'appui de cette distinction ne sont pas décisifs : Inst. (I, 23, 4) rapproche, dit-on, le *mente captus* et le sourd et les oppose au *furiosus*. Mais Ulpien (D., XXVI, 5, 8, 3)

savoir s'il était ou non capable lorsque l'acte a été conclu. Peut-être l'inconvénient était-il moins appréciable à Rome en raison soit des mesures prises pour l'internement de l'aliéné, soit de l'intimité existant entre gens d'un même quartier et par suite de la facilité pour les tiers de s'informer de l'état de l'aliéné. Si l'on avait redouté des abus, on n'eût pas hésité à appliquer aux fous la règle suivie pour les prodigues et à leur retirer l'administration de leurs biens. Le seul point qui ait, à notre connaissance, donné lieu à des difficultés, est celui de savoir si le curateur conservait ses fonctions pendant les intervalles lucides (1).

La curatelle est confiée par le magistrat, sur la requête des parents (2), à la personne désignée soit par le testament du père de l'aliéné, et cela sans enquête (p. 53, 6), soit par la majorité des tuteurs de l'enfant devenu pubère (3) ; à défaut, à l'agnat le plus proche, après enquête sur ses aptitudes ; sinon, à la personne qu'il juge convenable (4). Le curateur choisi par le magistrat est un curateur *honoraire*.

§ 2. Le curateur a une double mission à remplir : 1° prendre soin de la personne de l'aliéné, améliorer son état s'il est possible, et, s'il y a lieu, l'enfermer ou l'enchaîner pour l'empêcher de nuire à autrui (5) ; 2° prendre soin du patrimoine. Il fait lui-même les actes nécessaires, ou les fait faire par un esclave de l'aliéné (6). Dans le premier cas, il est dans une situation analogue à celle d'un gérant d'affaires ; dans le second cas, les effets de l'acte se produisent directement au profit ou à la charge de l'aliéné (7). Quant aux actions en justice, elles sont données au

fait le même rapprochement entre le sourd et le *furiosus*. Il n'y a donc pas, à l'époque classique, de raison suffisante pour soutenir que le *demens* n'était pas pourvu d'une curatelle légitime lorsque ses agnats n'étaient pas incapables d'en remplir les fonctions, et l'on ne voit pas pourquoi le Préteur aurait exclu les agnats.

(1) Just., C., V, 70, 6. Cf. Ulp., 1 ad Sab., D., XXVII, 10, 1.

(2) Arg. Ulp., 13 ad Sab., D., XXXVIII, 17, 2, 31.

(3) Cette règle date de la République (*Veteres*, ap. Ulp., 6 ad Ed., D., III, 1, 6.) Au temps de Trajan, le curateur désigné par la mère dans son testament peut être confirmé après enquête (p. 53, 6). Le fou impubère *sui juris* reste en tutelle (Q. Muc., ap. Ulp., 37 ad Sab., D., XXVI, 1, 3 pr.).

(4) Ulp., XII, 3. Le mari de l'aliénée est exclu (Pap., 5 Resp., D., XXVII, 10, 14 ; Carac., C., V, 62, 4).

(5) Jul., *eod.*, 7 pr. ; Divi fratres, ap. Mod., 12 Pand., D., XLVIII, 9, 9, 2 ; Celse, *de Medicina*, III, 8. Cf. t. Ier, p. 313, 1.

(6) Il peut demander la *bonorum possessio* d'une succession (Proc., 8 *Ep.*, D., XXXI, 48, 1 ; Gaius, 15 ad Ed. prov., D., XXVI, 8, 11). Plus tard on lui contesta ce droit et l'on soutint que l'intéressé seul pourrait faire adition ou demander la *bonorum possessio* (C., V, 70, 7, 2. Cf. Paul, 12 Resp., D., XXIX, 2, 90 pr. ; Pap., 15 Quæst., D., XXXVII, 3, 1).

(7) Lab., ap. Ulp., D., XV, 4, 1, 9 ; Marcel., in Pomp., D., XXIX, 2, 63.

curateur ou contre lui au moyen d'une formule à transposition de personnes (1).

Le curateur a le pouvoir d'aliéner : comme le tuteur de l'impubère, il est *domini loco*. Ce pouvoir, d'abord limité aux biens composant la fortune individuelle (I, 313, 3), a été ensuite appliqué à l'ensemble du patrimoine : c'est une conséquence de l'extension de la notion de propriété (I, 504). Au IIIe siècle, le pouvoir d'aliéner du curateur a été restreint quant aux *prædia rustica vel suburbana*, par interprétation du Sc. de S. Sévère (2).

III. Curatelle du prodigue. — § 1er. La curatelle du prodigue a subi deux importantes modifications, indépendamment de celles qui lui sont communes avec les autres curatelles : 1° la notion de la prodigalité a été élargie; 2° l'incapacité du prodigue est moins étendue que dans l'ancien droit (3).

Est prodigue le majeur de vingt-cinq ans *sui juris* qui dissipe follement son patrimoine. On ne recherche plus la provenance des biens : aucune distinction entre les biens patrimoniaux et les acquêts (I, 313, 7). L'incapacité dont le prodigue est frappé a pour cause, non plus le principe de la conservation des biens patrimoniaux dans la famille, mais des raisons d'intérêt public et privé : *a*) il est d'intérêt public qu'un citoyen ne fasse pas un mauvais usage de sa fortune; il y a lieu de craindre qu'une fois ruiné, il ne soit une cause de trouble pour l'ordre social (4); *b*) l'équité commande de venir au secours du prodigue, qui se conduit, quant à l'administration de ses biens, comme un insensé (5). De là plusieurs conséquences. Sont pourvus d'un curateur pour cause de prodigalité : 1° non plus seulement les ingénus, mais aussi les affranchis; 2° les enfants émancipés; 3° les enfants nés hors mariage; 4° les femmes (6). Celles-ci, il est vrai, étaient en tutelle, mais leur tuteur restait étranger à l'administration de leurs biens.

§ 2. L'incapacité du prodigue résulte comme autrefois d'un décret d'interdiction. Dès le VIIe siècle (I, 315, 1), ce décret est rendu non plus par le conseil de la *gens* ou par l'assemblée des

(1) Gaius, IV, 82, 86.

(2) Jul., *loc. cit.*, 7, 3; Ulp., 3 de off. proc., D., XXVII, 9, 11. Cf. p. 158, 2.

(3) Il faut y joindre la faculté reconnue par Antonin le Pieux de choisir pour curateur le fils majeur de vingt-cinq ans (Inst., I, 26, 13) du prodigue, si sa conduite offre toutes garanties (Ulp., 1 ad Sab., D., XXVII, 10, 1, 1).

(4) Ulp., *eod.*, 1 pr.; Gaius, I, 53.; Quint., *Decl.*, 240.

(5) Ant. P., ap. Ulp., 3 de off. proc., D., XXVI, 5, 12, 2.

(6) Ulp., XII, 3; Paul, 3 Sent., D., XXVII, 10, 15 pr. Ni les uns ni les autres n'avaient de biens patrimoniaux, ou s'ils en avaient, comme les femmes, ces biens n'étaient pas destinés à passer à leurs enfants.

agnats (1), mais par le magistrat : le préteur à Rome, le gouverneur dans les provinces (2). Ce décret retire au prodigue : 1° la garde de ses biens (*sua res*) ; 2° le *commercium*. Il est donc incapable d'aliéner par mancipation (I, 106) et de tester (3). C'étaient les deux principaux actes par lesquels il pouvait compromettre les intérêts de ses enfants ; quant aux autres, il n'aurait pu les réaliser sans le concours de son curateur. Lorsque la notion du *commercium* eut été étendue à la stipulation (I, 709), on aurait dû déclarer le prodigue incapable de prendre part à ce contrat. La jurisprudence jugea excessif de refuser au prodigue la capacité reconnue au pupille sorti de l'*infantia :* elle lui permit de faire seul une stipulation qui rendrait sa condition meilleure (4). Il n'y eut rien de changé pour les autres actes qui continuèrent à être accomplis par le curateur. Il ne pouvait être question de traiter sous ce rapport le prodigue comme un pupille et de l'autoriser à faire, avec le *consensus* du curateur, les actes qui rendent sa condition pire (5), car le rôle d'un curateur est d'administrer. L'adition d'hérédité a seule été mise dans une classe à part ; malgré les charges qu'elle peut entraîner, on a reconnu au prodigue le droit de la faire de sa propre volonté ; on n'avait pas à craindre qu'il acceptât une hérédité mauvaise pour satisfaire ses passions (6).

L'incapacité du prodigue, créée par le décret du magistrat, doit logiquement prendre fin par un décret de mainlevée de l'interdiction. Cependant un texte d'Ulpien, suspect, il est vrai, d'interpolation, déclare que le prodigue, comme le fou, cesse *ipso jure* d'être en curatelle lorsque sa conduite s'est régularisée (7). Il est difficile de croire que la jurisprudence ait admis une règle aussi peu raisonnable et se soit contentée d'un cri-

(1) Le droit des *gentiles* et des agnats a été contesté : on a dit que les rois ou les consuls prononçaient l'interdiction. Cette opinion a été réfutée, I, 315.

(2) La teneur du décret rendu à cette époque a été conservée (Paul, III, 4[a], 7).

(3) Ulp., XX, 13; 1 ad Sab., D., XXVIII, 1, 18 pr. Il ne pouvait non plus figurer comme témoin dans un acte solennel (Paul, III, 4[a], 12).

(4) Pomp., 1 ad Sab., D., XLVI, 2, 3 ; Ulp., 1 ad Sab., D., XLV, 1, 6.

(5) La règle a-t-elle été modifiée sous Dioclétien ? Cet empereur déclare nulle la vente faite par un mineur de vingt-cinq ans pourvu d'un curateur, comme le serait celle qui aurait été faite par un prodigue pourvu d'un curateur après décret d'interdiction (C., II, 22, 4). Mais on ne saurait en conclure *a contrario* que le *consensus* du curateur du prodigue validerait la vente, comme le ferait le *consensus* du curateur du mineur de vingt-cinq ans. Aucun texte classique ne fait allusion à ce rôle nouveau du curateur des prodigues. Voigt (*XII Taf.*, II, 722) a cité un rescrit d'Antonin le Pieux qui caractérise l'office de ce curateur par l'expression *consilio regere* (p. 165, 5), mais la jurisprudence postérieure n'en a tiré aucune conséquence.

(6) Ulp., 1 ad Sab., D., XXIX, 2, 5, 1. Cf. Labbé sur Ortolan, II, 715.

(7) D., XXVII, 10, 1 pr. Cf. Kalb, *Das Juristenlatein*, 2[e] éd., 1888, p. 79. On a invoqué dans le même sens Paul (III, 4[a], 12) ; mais ce texte, moins catégorique,

térium aussi incertain : le contrôle exercé par l'autorité publique aurait fait défaut au moment où il aurait été le plus utile pour prévenir toute contestation.

IV. Curatelle du mineur de vingt-cinq ans. — Le droit classique a protégé les mineurs de vingt-cinq ans d'une manière plus efficace et plus complète que le droit antérieur. La loi Plætoria s'était uniquement occupée du mineur victime d'un dol (I, 567, 2); elle laissait subsister l'acte qu'il avait conclu, et s'était bornée à punir l'auteur de la *circumscriptio* en donnant contre lui une double action, l'une publique, l'autre privée et réservée au mineur (1). La situation du mineur fut successivement modifiée par l'édit du Préteur, par Marc-Aurèle et par les empereurs du IIIe siècle.

§ 1er *Edit du Préteur*. — Vers la fin de la République (2), le Préteur, jugeant insuffisante la protection organisée par la loi Plætoria, vint au secours du mineur de deux manières : en lui accordant une exception (*legis Plætoriæ*) pour se dispenser d'exécuter son engagement, puis en lui promettant après enquête l'*in integrum restitutio* (I, 569, 1-2). Cette voie de recours fut ouverte contre toute espèce d'acte conclu par le mineur avec un tiers; on l'étendit au cas de déclaration unilatérale ou d'omission (3). Elle a pour effet d'empêcher l'acte ou l'omission de produire ses conséquences juridiques. Pour l'obtenir, le Préteur exige trois conditions : *a*) Que le mineur ait été *captus*, qu'il se soit trompé sur les conséquences de son acte (*deceptus in re*) (4). On n'exige pas qu'il ait été circonvenu (5) : il suffit qu'il ait agi

n'exclut pas le décret du magistrat. — Les difficultés que soulèvent les textes sur la prodigalité (suppression *ipso jure* d'une déchéance prononcée par décret; assimilation au pupille quant à la capacité de rendre sa condition meilleure; différence avec le pupille quant à la faculté de faire adition ou de s'obliger naturellement : Ulp., 1 ad Sab., D., XLV, 1, 6; Marcel., ap. Ulp., 11 ad Ed., D., XLVI, 1, 25) ont déterminé Ubbelohde (*Grünhuts Zeits.*, 1877, p. 521), Audibert (*Etudes*, I, 132), Karlowa (II, 1194), à soutenir qu'il y eut à Rome deux régimes distincts appliqués à deux classes de prodigues : 1° ceux qui sont interdits en vertu des Douze Tables pour avoir dissipé les biens qu'ils ont recueillis *ab* intestat de leur père; 2° tous autres prodigues. Ceux-ci ne sont pas interdits : ils n'encourent aucune déchéance; mais le Préteur leur nomme un curateur comme aux fous, et cela seul les rend incapables. Les premiers seraient désignés par l'expression *is cui bonis lege interdictum est*, les seconds par l'expression *is cui bonis interdictum est*. Malgré le talent déployé pour justifier cette distinction, on admettra difficilement qu'une personne qualifiée *is cui bonis interdictum est* ne soit pas un interdit. Cf. Appleton, *Rev. gén. de droit*, 1893, p. 136, 232; H. Krueger, *Z. Sav. St.*, 1893, p. 260.

(1) C'est cette seconde action qui est qualifiée noxale dans le texte cité t. Ier, p. 568, 3 *in f.* Elle est aussi mentionnée dans Paul (1 Sent. D., IV, 4, 24, 3).

(2) L'édit est connu d'Ofilius et de Labéon (Ulp., 11 ad Ed., D., IV, 4, 16, 1).

(3) Ulp., *eod.*, 1, 1; 7 pr. *Innumeræ auctoritates*, ap. Hon., Arc., C., II, 21, 8.

(4) Ulp., 1 pr. : *Adversus captiones opitulationem*; Paul, D., XLIV, 1, 7, 1.

(5) Diocl., C., II, 21, 5 pr.; Ulp., D., IV, 4, 44; Paul, *eod.*, 24, 1.

à la légère. Mais il faut qu'il soit victime de son inexpérience et non d'un cas fortuit, ni d'un fait qui aurait eu les mêmes conséquences pour un majeur; à plus forte raison qu'il n'ait commis ni dol ni délit (1).

b) Que le mineur ait subi une lésion. Cette lésion peut consister en un appauvrissement (*damnum emergens*) ou en un manque d'acquérir (*lucrum cessans*) (2) ; elle doit avoir une certaine importance (*de minimis non curat Prætor*) (3) : une règle contraire serait la ruine du crédit du mineur (4).

c) Que le mineur ne puisse invoquer aucune autre voie de recours équivalente. L'*in integrum restitutio* a un caractère subsidiaire : c'est un secours exceptionnel, une faveur accordée par le magistrat; mais il suffit qu'elle soit plus avantageuse pour qu'on soit autorisé à la demander (5).

§ 2. *Réforme de Marc-Aurèle.* — La protection accordée aux mineurs par l'Edit était très efficace; mais, quelle que fût la réserve mise par le magistrat dans la concession de ce bénéfice, les tiers devaient être peu disposés à traiter avec le mineur. La menace d'une rescision, l'incertitude qui se prolongeait pendant le délai accordé pour demander l'*in integrum restitutio* (un an utile) (6) devaient les en détourner. Marc-Aurèle généralisa l'usage des curateurs : il permit aux mineurs des deux sexes de demander un curateur sans les obliger à motiver leur requête. (I, 570, 1.) Cette mesure présentait pour les femmes une utilité particulière (7) ; il leur était bien nécessaire d'avoir un curateur pour administrer leurs biens à une époque où elles devaient faire elles-mêmes leurs affaires, où le tuteur donnait le plus souvent pour la forme son *auctoritas*.

Le rescrit de Marc-Aurèle n'a en rien modifié la capacité

(1) Marcel., ap. Ulp., *eod.*, 11, 4-5.; Ulp., *eod.*, 9, 2.

(2) Ulp., 7, 9 (répudiation d'une hérédité); 7, 6 : *Hodie certo jure utimur.*

(3) Ulp., 9 pr. ; 49 ; Diocl., C., II, 28, 1.

(4) Paul, *eod.*, 24, 1 : *Ne magno incommodo hujus ætatis homines adficiantur, nemine cum his contrahente, et quodammodo commercio iis interdicatur.*

(5) Ulp., *eod.*, 16 pr.; Diocl., C., II, 25, 3 et 5. L'*in integrum restitutio* doit cependant être préférée à l'action de dol pour éviter au défendeur l'infamie (Marcel., D., IV, 1, 7, 1); elle peut être exercée à la place de l'action *quod metus causa* pour lui éviter la peine du quadruple (Paul, 11 ad Ed., D., IV, 2, 21, 6).

(6) C., II, 53, 7.

(7) Avant Marc-Aurèle, les femmes pouvaient, comme les hommes, avoir un curateur sur demande motivée (Nerat., 1 Resp., D., XXVI, 7, 52; Ter. Clem., 3 ad l. Jul., D., XXIII, 3, 61, 1). Cf. Pellat, *Dot*, 293. Exemples postérieurs : Scæv., 26 Dig., D., XXVI, 7, 59; Paul, 7 Quæst., *eod.*, 43, 1; Pap., 11 Quæst., D., XXVI, 5, 13, 2; *Vat. fr.*, 110. Un Sc. de Marc-Aurèle et Commode défend au curateur d'épouser la femme dont il administre les biens (Paul, 2 Sent., D., XXIII, 2, 66 pr.; Callist., *eod.*, 64 pr.). Cf. Savigny, *Verm. Schr.*, II, 388.

des mineurs ; mais il a, en fait, amélioré la situation de ceux qui avaient un curateur en encourageant les tiers à traiter soit avec le curateur (1), soit avec le mineur d'accord avec son curateur. Si l'*in integrum restitutio* reste possible (2), elle n'est guère à craindre lorsque le curateur se comporte comme un bon administrateur : sa présence est pour les tiers une sérieuse garantie. Les mineurs ont tout intérêt à demander un curateur.

§ 3. *Législation postérieure à Marc-Aurèle.* — Les successeurs de Marc-Aurèle ont été plus loin : *a*) ils ont permis au père du mineur de lui nommer d'office un curateur testamentaire, et le magistrat est invité à le confirmer sans enquête (p. 53, 6) ; *b*) le mineur est forcé de demander un curateur pour certaines affaires (3) : recevoir un payement ou les comptes de tutelle (4), soutenir un procès (5). Dans les trois premiers cas, le rôle du curateur ne diffère pas de celui d'un administrateur ; dans le dernier apparaît une idée nouvelle (6), un rapprochement entre la curatelle et la tutelle : le demandeur peut, si le mineur est présent, plaider soit contre le mineur autorisé par son curateur, soit contre le curateur. Si le mineur est absent, le procès doit être intenté contre le curateur (7).

(1) Paul, 9 Resp. D., XXVI, 7, 46 pr.

(2) Alex., C., II, 25, 2; Diocl., *eod.*, 3.

(3) C'est seulement à dater de cette époque qu'il y eut des curateurs spéciaux. Cette manière de voir, que nous avons soutenue (I, 570 et 571, 1) contrairement à l'opinion générale, a été accueillie et solidement défendue par Audibert (*Nouv. Rev. hist.*, 1896, XX, 345 et 455). Il faudrait même, suivant lui (p. 475), affirmer, ce que nous avions exprimé dubitativement (I, 570, 4), que la loi Plætoria aurait autorisé la nomination d'un curateur pour les deux causes spécifiées par Capitolin : *lascivia* et *dementia*. Dans ces deux cas, la curatelle aurait été obligatoire et non pas seulement facultative.

(4) T. I[er], 571, 1. Les constitutions ordonnent au tuteur d'avertir le mineur qu'il doit demander un curateur. Si l'ex-pupille néglige de le faire, Gordien permet au tuteur de le demander directement au magistrat (C., V, 31, 7).

(5) Carac., C., V, 31, 1 ; Paul, 1 Sent., D., XLII, 1, 45, 2. On pourrait croire que l'usage du *curator in litem* remonte à la République : on en trouve la mention dans une réponse de Servius (ap. Ulp., 37 ad Ed., D., XXVI, 1, 3, 4), mais ce texte est interpolé : Tribonien a substitué *curator* à *tutor* (Lenel, I, 142, 4). Au temps de Servius, on nommait au pupille qui avait un procès avec son tuteur, non pas un curateur, mais un tuteur *ad hoc*.

(6) Certains auteurs (Voigt, *Rg.*, I, 803, 1) font remonter cette doctrine à une époque antérieure : ils en trouvent la preuve dans Celsus (11 Dig., D., XXIII, 3, 60), qui parle du *consensus curatoris*. Mais ce texte est interpolé (cf. Pellat, *Dot*, 290 ; Lenel, I, 142, 3), de même que Ter. Clem., (*eod.*, 61 pr.). D'après Mod. (2 Reg., D., I, 7, 8), on a, sous le règne de Claude, changé la règle ancienne *ne curatoris auctoritas intercederet in adrogatione*. Il s'agit ici sans doute de l'opposition que le curateur ferait à l'adrogation; il refuserait de se dessaisir des biens dont la garde lui a été confiée. Cette opposition fut admise à partir de Claude. Cf. C., V, 59, 5, *in fine*.

(7) Ulp., 35 ad Ed., D., XXVI, , 1, 3 ; Pap., ap. Ulp., *eod.*, 26

Lorsque le curateur se borne à donner son consentement au mineur, son rôle est analogue à celui du tuteur ; son *consensus* produit le même effet que l'*auctoritas*. Cette faculté d'agir contre le mineur autorisé a pour le demandeur l'avantage de simplifier la procédure et de lui faire obtenir une condamnation exécutoire contre le mineur (1). Cette faculté n'a pas été réservée à ceux qui voulaient plaider contre les mineurs : on l'a accordée aux curateurs permanents; ils peuvent à leur choix, comme les tuteurs, intenter l'action au nom du mineur ou le faire agir avec leur consentement. L'assimilation de la curatelle à la tutelle est, sous ce rapport, attestée par Dioclétien (2).

La conséquence de la règle nouvelle, c'est de traiter tout mineur comme un incapable, au moins quant aux procès. Pour les mineurs pourvus d'un curateur, cette incapacité paraît avoir été entendue d'une manière plus large au IIIe siècle : *curatorum auxilio reguntur*, dit Ulpien (3). Papinien considère la curatelle comme un prolongement de la tutelle (4), et Dioclétien décide que les mineurs qui ont un curateur ne peuvent valablement faire une vente. Leur situation n'est pas, dit le rescrit, sans analogie avec celle du prodigue à qui l'on a retiré l'administration de ses biens (p. 166). Comme lui, sans doute, et *à fortiori* puisqu'ils ne sont pas privés du *commercium*, ils peuvent rendre leur condition meilleure sans leur curateur (5).

Dès lors, de deux choses l'une : ou le mineur n'a pas de curateur, et sa capacité est entière (sauf quelques exceptions), mais les tiers ont à redouter l'*in integrum restitutio* pour cause de lésion ; ou le mineur a un curateur, et il est incapable de rendre sa condition pire sans le *consensus* du curateur. Ce *consensus* devient un élément de la validité de l'acte ; il doit être donné, comme l'*auctoritas* du tuteur, au moment de sa formation. Une ratification postérieure ne saurait enlever au mineur le droit de demander la nullité d'un acte vicié dans son origine (6). Quant

(1) Arg. Diocl., C., II, 25, 4.

(2) Ulp., D., XXVI, 7, 1, 4; Diocl., C., III, 6, 2 : *In rebus quæ privati judicii quæstionem habent sicut pupillus tutore auctore et agere et conveniri potest, ita et adultus curatore consentiente litem et intendere et excipere debet.*

(3) Ulp., D., IV, 4, 1, 3 : *Nec ante rei suæ administratio eis committi debet, quamvis bene rem suam gerentibus.* De même ils ne peuvent intenter contre leur curateur la *postulatio suspecti*, si ce n'est *ex consilio necessariorum* (Ulp., 1 de omn. trib., D., XXVI, 10, 7, 1).

(4) Pap., 5 Resp., D., XXVI, 7, 39, 15 : *Curatores qui tutelam ad se negligentia non transtulerunt...*

(5) Paul, D., XXVI, 7, 24, 1; Mod., 4 de præscr., D., XLV, 1, 101, et l'interprétation de Jhering, *OEuvres choisies*, trad., I, 220.

(6) Cf. J.-E. Labbé sur Ortolan, II, 714.

à l'*in integrum restitutio*, elle n'est possible qu'en cas de mauvaise gestion du curateur.

§ 4. *Venia ætatis.* — Depuis Sévère et Caracalla, par une faveur spéciale et très rarement accordée, le mineur peut obtenir du prince, avant l'âge de vingt-cinq ans, la libre administration de ses biens. C'est la *venia ætatis*, qui fut plus tard réglementée par Constantin et Justinien. Elle a pour effet de relever le mineur de son incapacité s'il a un curateur et, dans tous les cas, de lui faire perdre le droit de solliciter l'*in integrum restitutio* (1). La *venia ætatis* est donc un moyen d'augmenter l'indépendance et surtout le crédit du mineur; les tiers traiteront avec lui d'autant plus volontiers qu'ils n'auront plus à craindre la rescision des actes conclus avec le mineur.

V. Curatelle des absents. — Dans l'ancien droit, l'absent était en fait incapable de conclure un acte juridique d'après la loi romaine ou de faire valoir un droit en justice. La création du contrat *litteris* et la loi Hostilia atténuèrent dans une certaine mesure les effets de cette incapacité (I, 571; 575, 2; 672). En droit classique, la capacité de fait de l'absent a été notablement étendue : la plupart des contrats et des pactes peuvent se conclure par messager (*per nuntium*) ou par correspondance (*per epistolam*), et l'on est admis à se faire représenter en justice. Les biens de l'absent sont administrés soit par le mandataire qu'il a choisi (I, 574), soit par un curateur nommé par le magistrat (2).

A défaut de mandataire ou de curateur, les intérêts des tiers aussi bien que ceux de l'absent pourraient en certains cas être compromis. Le Préteur est venu au secours des uns et des autres : il promet d'accorder après enquête l'*in integrum restitutio* pour une usucapion accomplie au profit ou au préjudice d'un absent, et d'une manière générale pour les cas où l'on n'a pu faire valoir un droit ou une action en raison de l'absence de l'une des parties en cause. Cet édit existait au temps de Cicéron (3).

VI. Curatelle des captifs. — Le droit classique s'est efforcé de définir la condition juridique du captif : 1° durant la captivité; 2° après son retour; 3° en cas de décès en pays ennemi.

1° *Durant la captivité.* — D'après le droit des gens, le prisonnier de guerre devient esclave (4); mais comme il a l'espoir de

(1) Ulp., D., IV, 4, 3 pr.; C., II, 44, 2 et 3. Cf. Aurelian., *eod.*, 1.
(2) Ulp., 63 ad Ed., D., XLII, 5, 22, 1.
(3) Ulp., 12 ad Ed., D., IV, 6, 1, 1; Cic., *in Verr.*, II, 2, 26; Serv., ap. Ulp., *eod.*, 26, 4.
(4) Pomp., 37 ad Q. Muc., D., XLIX, 15, 5, 2; Gaius, I, 129.

redevenir citoyen s'il parvient à rentrer sur le sol de la patrie, il aurait été excessif de le traiter à tous égards comme un esclave. On ne l'a admis que dans deux cas : lorsqu'il y aurait eu des inconvénients à laisser en suspens l'état du captif (mariage, tutelle) (1), lorsque l'exercice ou l'acquisition d'un droit dépend d'un état de fait incompatible avec la captivité. Le captif ne peut faire ni un testament ni un codicille (2) ; il ne peut ni posséder ni usucaper (3). Pour la puissance paternelle il n'y avait pas urgence à prendre un parti : on décida qu'elle resterait en suspens jusqu'à ce qu'on sût si le captif peut ou non invoquer le *postliminium* (4). S'il meurt chez l'ennemi, ses enfants seront réputés *sui juris* du jour où il a été fait prisonnier (5) ; s'il revient à Rome, ils seront censés avoir toujours été sous sa puissance. Par exception, on permit aux enfants du captif de se marier sans le consentement de leur père, trois ans après qu'il a été fait prisonnier. Cette exception, conforme à l'esprit des lois caducaires, a été étendue aux autres cas d'absence du père (6).

Dans tout autre cas, on considère la captivité comme un état provisoire. Le captif perd l'exercice, mais non la jouissance de ses droits : son patrimoine subsiste et doit être confié à un curateur (7). Il peut acquérir un droit réel ou de créance (8), une succession *ab* intestat ou testamentaire (9). Il reste tenu envers

(1) T. Ier, p. 572, 3 ; 573, 7. Gaius, I, 187.

(2) Paul, III, 4a, 8; Marc., 2 Reg., D., XXXIX, 17, 7 pr. On a fait exception *humanitatis ratione* pour le codicille rattaché à un testament fait avant la captivité (Tryph., 4 Disp., D., XLIX, 15, 12, 5).

(3) Tryph., *eod.*, 12, 2 : *Facti autem causæ infectæ nulla constitutione fieri possunt.*; Jav., 1 Ep., D., XLI, 2, 23, 1; Pap., 3 Quæst., D., IV, 6, 19. Mais le captif peut usucaper les choses possédées par son fils ou par son esclave (Jul., ap. Tryph., *l. c.*). L'opinion contraire de Marcellus n'a pas prévalu.

(4) Gaius, I, 129 ; Ulp., X, 4; Tryph., *eod.*, 12, 1. Paul paraît être d'un avis différent, si le texte des *Sentences* (II, 25, 1) n'a pas été remanié.

(5) La question, douteuse pour Gaius, est résolue par Julien (62 Dig., D., XLIX, 15, 22, 2 ; Pap., *eod.*, 11 pr.; XXXVIII, 16, 15).

(6) Tryph., *eod.*, 12, 3; Ulp., D., XXIII, 2, 9, 1, Paul, 10. Julien (*eod.*, 11) autorise le mariage, même avant l'expiration du délai de trois ans, lorsque le fils ou la fille épouse une personne dont la condition aurait été certainement agréée par le père. Mais ce texte paraît interpolé : dans la partie qui a trait à l'absence, il tranche une question qui était encore douteuse au temps de Paul.

(7) Diocl., C., VIII, 50, 3; Ulp., 13, 38 ad Sab., D., XXXVIII, 17, 2, 30 ; XXVI, 1, 6, 4; 35 ad Ed., D., XXVII, 3, 7, 1. Le captif ne peut avoir de *procurator* (Ulp., 12 ad Ed., D., IV, 6, 15 pr.).

(8) Pap., 29 Quæst., D., XXXVIII, 16, 15; Jav., 7 Ep., D., XLIV, 3, 4; Pomp., 19 ad Sab., D., IX, 2, 43. Cf. Ulp., D., XLVII, 2, 41 pr.; Paul, D., XLV, 1, 11.

(9) Gaius, 1 de test., D., XXVIII, 5, 32, 1; Paul, IV, 8, 24; Ulp., 13 ad Sab., D., XXXVIII, 17, 2, 7; 39 ad Ed., D., XXXVII, 4, 1, 4.

ses créanciers qui pourront faire saisir ses biens, mais non les vendre avant son retour (1).

2° *Après son retour.* — Sauf quelques exceptions, le captif recouvre rétroactivement tous ses droits (2) ; c'est la conséquence du *jus postliminii*. Deux conditions sont requises pour qu'il puisse l'invoquer : le retour effectif sur le territoire de Rome ou d'une cité amie du peuple romain (3) ; l'intention d'y rester (*animus remanendi*) (4). S'il a juré de retourner chez l'ennemi, ou s'il a profité d'un armistice (5), il n'y a pas de *postliminium*.

3° *Mort en captivité.* — La jurisprudence, développant l'idée introduite par la loi Cornelia, fait remonter le décès au jour où le captif est tombé au pouvoir de l'ennemi : c'est ce qu'on appelle la fiction de la loi Cornelia (I, 573, 2). Le captif est réputé mort en pleine possession de sa capacité juridique.

CHAPITRE IV

Les personnes juridiques.

I. Notion et histoire des personnes juridiques. — Le droit classique a étendu la notion de la capacité juridique à certains groupes de personnes formés pour atteindre un but politique, religieux ou social (6). Il attribue à ces groupes une existence propre, distincte de celle des membres qui les composent; il les assimile à des personnes réelles, leur reconnaît la capacité d'être propriétaires, créanciers ou débiteurs. Ces personnes, qui n'ont qu'une existence intellectuelle, sont appelées personnes

(1) Pomp., ap. Ulp., 27 ad Ed., D., XIII, 5, 11 pr. ; Paul, 57 ad Ed., D., XLII, 4, 6, 2 ; *Sent.*, V, 5*b*, 2. Les créanciers agissent soit contre le curateur s'il y en a un, soit contre la personne qui est disposée à défendre le captif (Ulp., 35 ad Ed., D., XXVII, 3, 7, 1).

(2) Pomp., 37 ad Q. Muc., D., XLIX, 15, 5, 1 ; Ulp., 13 ad Sab., *eod.*, 16. Même la tutelle (Gaius, I, 187).

(3) Pomp., 36 ad Sab., *eod.*, 20 pr. En principe, il faut qu'il retourne avant la conclusion de la paix, à moins de clause contraire dans le traité de paix (Serv., ap. Tryph., *eod.*, 12 pr.).

(4) Pomp., *eod.*, 5, 3 ; Sab., ap. Tryph., *eod.*, 12, 9 ; Flor., 6 Inst., *eod.*, 26.

(5) Paul, 16 ad Sab., *eod.*, 19, 1.

(6) Au IIIe siècle apparaît une nouvelle classe de personnes juridiques qui s'est introduite sous l'influence des coutumes provinciales (Cic., *p. Cluent.*, 15, 43 ; *in Cæcil.*, 17, 35 ; *C. I. Gr.*, 2824) : ce sont les dieux ou tout au moins certains d'entre eux qui ont un patrimoine, sont créanciers ou débiteurs (Bin *de Corr. hell.*, V, 295 ; VI, 107 ; XVI, 214 ; *C. I. L.*, III, 1079 ; X, 4263), reçoivent des legs (Paul, ad l. Falcid., D., XXXV, 2, 1, 5 ; *C. I. L.*, II, 21 : V, 2915) et peuvent même être institués héritiers avec le privilège du *jus liberorum* (Ulp., XXII, 6 ;

juridiques (*universitates*) (1). Trois caractères les distinguent :

1° La personne juridique est indépendante des individus qui la composent. Ces individus peuvent changer jusqu'au dernier, la personne juridique n'en subsiste pas moins dans son identité (2).

2° Les individus qui forment la personne juridique n'ont aucun droit sur ses biens. Ils ne sont pas copropriétaires des maisons et des terres qui lui appartiennent ; ils ne sont pas tenus de ses dettes ; ils ne peuvent réclamer une quote-part de ses créances (3).

3° Si une personne juridique doit agir en justice, le fondé de pouvoir qui la représente n'est pas traité comme agissant au nom des membres qui la composent (4).

Cette notion abstraite de la personne juridique est étrangère à l'ancien droit. Certes les groupes formés par les *gentes*, les collèges de prêtres, les sodalités, les sociétés de publicains (I, 655, 5-6), les corporations d'ouvriers ou de marchands, les municipes et les *pagi*, avaient souvent des biens propres (5), mais ces biens étaient la propriété collective des membres du groupe : ils n'étaient pas la propriété privée du groupe (6). Les actes juridiques nécessités par l'administration de ces biens étaient accomplis soit par l'assemblée des membres du groupe, soit par un curateur (7). Dans ce dernier cas, le curateur devait, suivant le droit commun, communiquer le bénéfice de l'opération ou se faire tenir compte de la charge qu'il avait assumée.

Dio Cass., LV, 2). Il n'y a plus ici un groupe de personnes, mais un ensemble de biens qui ont une affectation déterminée : subvenir à l'entretien des temples.

(1) D., III, 4; XXXVIII, 3; XL, 3; Cic., *de Off.*, I, 34, 124 : *Est... proprium munus magistratus intellegere se gerere personam civitatis;* Flor., 8 Inst., D., XLVI, 1, 22 : *Personæ vice fungitur... municipium et decuria;* Frontin., *de Contr. agr.*, 49-7 : *publica persona;* 54, 23 : *persona coloniæ.*

(2) Ulp., 10 ad Ed., D., III, 4, 7, 2 : *In... universitatibus nihil refert, utrum omnes iidem maneant an pars maneat vel omnes immutati sunt.*

(3) Marc., 3 Inst., D., I, 8, 6, 1 : *Universitatis sunt, non singulorum, veluti quæ in civitatibus sunt theatra... et si quæ alia sunt civitatium. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis* (Ulp., D., XLVIII, 18, 1, 7 ; Gaius, II, 11 ; Ulp., 10 ad Ed., D., III, 4, 7, 1). *Si quid universitati debetur, singulis non debetur; nec quod debet universitas singuli debent.*

(4) Ulp., *eod.*, 2 : *Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem non erit dicendum quasi a pluribus datum sit haberi ; hic enim pro republica vel universitate intervenit, non pro singulis.*

(5) *Ager gentilicius; arca pontificum, pecunia fratrum Arvalium* (Henzen, *Acta*, XLII, 101), *montanorum montis Oppi.* (*Bull. com. di Roma*, 1887, p. 156.) Cf. *C. I. L.*, VI, 3823 : *pecunia communis*, Sc. de Bacchan., *C. I. L.*, I, 196, l. 11.

(6) Cf. pour l'*ager gentilicius* t. Ier, p. 88, 2. Voir aussi Kniep, *Societas publicanorum*, 1896, I, 269.

(7) *C. I. L.*, VI, 2, 10231 : *Mancipio acceperunt immunes et curator et plebs universa collegii;* Ulp., 76 ad Ed., D., L, 17, 160 : *Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem;* Jav., 15 ex Cass., D., III, 4, 8.

La notion de la personne juridique s'est fait jour en droit public avant de pénétrer dans le droit privé. C'est en droit public, et pour le plus important de tous les groupes, celui du peuple romain, qu'on a de bonne heure senti la nécessité de le distinguer des individus qui le composent. On trouve bien quelques traces d'une époque où l'État se confondait avec la masse des citoyens, par exemple pour le droit d'occuper les terres incultes de l'*ager publicus* (1) ou d'exercer une action populaire (2). Mais cette confusion eut ses limites : le trésor public fut affecté aux besoins propres de l'État ; les magistrats reçurent le pouvoir d'agir au nom du peuple ; les actes par eux accomplis produisaient leur effet au profit ou à la charge de l'Etat.

Au début du VIII[e] siècle de Rome, la distinction du peuple romain et des individus qui le composent était admise sans discussion (3). Cette conception ne tarda pas à être appliquée aux municipes, aux colonies, aux cités de droit latin dont l'organisation était modelée sur celle de Rome. Labéon traite les municipes et les colonies comme des personnes juridiques ; il donne l'action *furti* contre celui qui a volé une *res publica* (4). Les jurisconsultes postérieurs leur reconnaissent la faculté de posséder, d'usucaper, d'acquérir une servitude (5). Les affranchis du municipe peuvent appeler en justice les membres de la cité sans l'autorisation du Préteur (6). Les administrateurs de la cité sont considérés comme ses représentants (7) : leurs actes profitent à la cité qui est corrélativement tenue des engagements qu'ils ont régulièrement contractés dans son intérêt (8). Les acquisitions réalisées par un esclave public profitent à la cité (9). Les empereurs concédèrent aux cités, d'abord par une faveur

(1) T. I[er], 244, 2. Certains textes emploient l'expression *res communis* pour désigner le patrimoine du peuple (Sisenna, ap. Non., 522, 13).

(2) Ulp., 9 ad Ed., D., III, 3, 43, 2 : *ubi quis quasi unus ex populo agit.*

(3) Alf., 6 Dig., D., V, 1, 76. Cf. *C. I. L.*, X, 444 : *Qui in collegio Silvani hodie essent, quique postea subissent.*

(4) Ap. Ulp., 41 ad Sab., D., XLVII, 2, 31, 1.

(5) Jav., D., VIII, 1, 12 ; Ulp. D., XLI, 2, 2 ; X, 4, 7, 3.

(6) Ulp., 5 ad Ed., D., II, 4, 10, 4 : *Non est illorum libertus, sed reipublicæ honorem habere debet.*

(7) *Municipum syndicus* (Lab. ap. Ulp., D., XLIII, 24, 5, 10); *actor* : Paul, D., L, 12, 8 : *actores constituti qui legitime pro civitate agere possunt.*

(8) Emprunt (Ulp., 10 ad Ed., D., XII, 1, 27). Constitut (Ulp., 27 ad Ed., D., XIII, 5, 5, 7 et 9). Hypothèque (Marc., ad f. hypoth., D., XX, 1, 11 pr.). Cf. pour la caution fournie à l'*actor*, Paul, 1 Man., D., III, 4, 10. La personne juridique n'est pas obligée par les délits commis par ses administrateurs (Ulp., 11 ad Ed., D., IV, 3, 15, 1). Cette manière de voir a été abandonnée depuis le moyen âge. Cf. loi du 5 avril 1884, a. 106.

(9) Nerva ap. Paul, 54 ad Ed., D., XLI, 2, 1, 22 ; Jav., 4 Ep., D., VIII, 1, 12 ; *C. I. L.*, IV, 138, 146, 150 (quittances de Pompeï).

spéciale (1), puis d'une manière générale, la capacité de recevoir un legs, un fidéicommis particulier ou universel, d'être instituées héritières par leurs affranchis (2).

La personnalité juridique a été étendue aux *vici* et aux *pagi :* ils ont un curateur et peuvent recevoir des legs (3). Elle fut également étendue aux *collegia* dont l'organisation était modelée sur celle des cités (4) ; un Sc. du règne de Marc-Aurèle leur permit de recevoir un legs ou un fidéicommis particulier, d'affranchir leurs esclaves (5) ; mais ils ne peuvent sans un privilège spécial recueillir une hérédité (6).

On trouve pourtant des traces de la conception antique (7) ; on en a même déduit quelques conséquences nouvelles (8). Aussi est-ce une question très discutée que celle de savoir si la jurisprudence classique a vraiment reconnu qu'une abstraction peut, comme un être humain, devenir un sujet de droit, ou s'il ne faut pas plutôt voir dans la notion de la personne juridique une fiction commode pour justifier certaines règles. Cette dernière opinion, qui est la plus communément adoptée, est aussi celle qui paraît la plus conforme à l'ensemble des textes (9).

II. FORMATION DES PERSONNES JURIDIQUES. — Jusqu'au dernier siècle de la République, la liberté d'association fut entière à

(1) Legs : *C. I. L.*, X, 5056 ; SUET., *Tib.*, 31.; Institutions : *C. I. L.*, IX, 5746 ; JUL., 28 Dig., D., XXVIII, 6, 30 ; PAP., 17 Quæst., D., XXXI, 66, 7 ; ULP., 4 fid., D., XXXVI, 1, 6, 4.

(2) NERVA ap. ULP., XXIV, 28. Sc. Apronien : PAUL, D., XXXVI, 1, 26 ; JUL., *eod.*, 27 pr.; Sc. ap. ULP., XXII, 5 ; D., XXXVIII, 3, 1, 1.

(3) *Curator pagi :* Orelli-Henzen, 5168 ; *C. I. L.*, II, 4125; ANT. P. ap. GAIUM, D., XXX, 73, 1 ; *C. I. L.*, III, 7526 ; V, 2090, 5907, 7261, 7450.

(4) GAIUS, 3 ad ed. prov., D., III, 4, 1, 1 : *Quibus autem permissum est corpus habere collegii, societatis, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicæ habere res communes ; arcam communem et actorem sive syndicum, per quem, tanquam in republica, quod communiter agi, fierique oporteat, agatur, fiat.* Cf. notre article LEX COLLEGII, *Dict. des Antiq.*, V, 1110.

(5) PAUL, 12 ad Plaut., D., XXXIV, 5, 20; ULP., 3 fid., D., XXXVI, 1, 1, 15 ; SCÆV., 19 Dig., D., XXXII, 38, 6 ; *C. I. L.*, III, 3893 ; V, 4015, 5113, 6363, 6970 ; VIII, 974, 14613; XII, 431, 1436. — ULP., 5 ad Sab , D., XL, 3, 1.

(6) DIOCL., C., VI, 26, 8.

(7) Gaius (*l. c.*) présente les biens des collèges comme des *res communes*, tandis qu'ailleurs (II, 11), il dit : *ipsius universitatis esse creduntur*. Papinien parle de la *scientia municipum* (15 Quaest., D., L, 1, 14). Neratius considère comme possible la condition apposée à un legs : *si municipes jurassent* (ap. PAUL, 2 ad Ner., D., XXXV, 1, 97).

(8) Stipulation *rem pupilli salvam fore* par un *servus publicus* (ULP., 79 ad Ed., D., XLVI, 6, 2). Promesse de restitution des biens de l'adrogé impubère faite par l'adrogeant à un *servus publicus* (MARCEL., 26 Dig., D., I, 7, 18). Dans ces deux stipulations, dont la première n'est pas antérieure à Claude et la seconde à Antonin le Pieux, l'esclave de la cité est considéré comme appartenant en commun à tous les habitants ; il peut dès lors stipuler *nominatim* pour l'un d'eux (p. 117, 157).

(9) Voir surtout GAIUS, *l. c.* et II, 11. Cf. les auteurs cités par KNIEP, I, 258-297.

Rome. La loi des Douze Tables ne fit qu'une réserve : que les statuts ne contiennent rien de contraire à la loi publique (I, 50-51). L'Etat ne s'est occupé pendant cette période des associations que pour leur concéder des privilèges, ou pour les dissoudre lorsqu'elles présentaient un danger pour l'ordre public (1). A la fin du VII[e] siècle, les associations politiques et les collèges industriels (2), excités par des agitateurs de profession (3), étaient une cause de trouble dans la cité ; en 690, le sénat les supprima par mesure administrative. En 696, la liberté d'association fut rétablie et consacrée par la loi Clodia. L'auteur de la loi en profita pour former une quantité de nouveaux collèges recrutés parmi les pires éléments de la population (4). Un Sc. du 10 février 698, puis la loi Licinia *de sodaliciis* de 699, furent impuissants à mettre un frein à la corruption des mœurs électorales. J. César fut obligé de dissoudre tous les collèges, excepté ceux qui avaient été anciennement institués (5).

Ce régime spécial à Rome (6) fut étendu à l'Italie et généralisé par Auguste, puis appliqué aux provinces (7) par des Sc. et des constitutions impériales (8). D'après la loi Julia *de collegiis*, aucune association, à moins qu'elle ne soit religieuse (9), ne peut se former sans l'autorisation du sénat et sans l'avis conforme de l'empereur (10). Cette autorisation est réservée aux collèges utiles à la cité (11). On voit poindre ici l'idée dont on tirera les conséquences au Bas-Empire : les corporations une

(1) Fest., v° *Scribas ;* Sc. de Bacchan., *C. I. L.*, I, 196; liv. XXXIX, 8. Cf. sur la suppression des associations des *montani* et des *pagani*, Denys, IV, 42 ; V, 2.

(2) Cf. sur ces collèges, Cic., *De petit. consul.*, 1 et 8 ; Sall., *Jug.*, 73.

(3) Cic., *Acad.*, IV, 47 ; Sall., *Cat.*, 50 : *duces multitudinis ;* Cic., *P. domo*, 5 : *concitatores tabernariorum ; P. Flaco*, 8.

(4) Ascon., *in Pis.* 4; Cic., *P. Sext.*, 15.

(5) Cic., *ad Quint. fr.*, p. 2, 3 ; *P. Planc.*, 15; Suet., *Cæs.*, 42.

(6) Joseph., *Antiq.*, XIV, 10 ; Suet., *Aug.*, 32.

(7) La règle ne s'appliquait pas aux cités libres et fédérées (Plin., *Ep.*, X, 93). L'Etat se réservait seulement un droit de surveillance sur les associations qui étaient des foyers de troubles et servaient à des groupements illicites.

(8) Les jurisconsultes ne citent pas d'autres documents (Gaius, *loc. cit.;* Marc., D., XLVII, 22, 1 pr. Cf. Plin., *Ep.*, X, 42).

(9) *C. I. L.*, VI, 2193 : *Quibus senatus coire cogi convocari permisit e lege Julia ex auctoritate Augusti ludorum causa.* Cf. *C. I. L.*, II, 1167 ; III, 7060, qui distinguent la *confirmatio* du sénat et la *concessio* de l'empereur.

(10) Les associations funéraires semblent autorisées par une disposition générale sous certaines conditions (*C. I. L.*, XIV, 2112; Marc., *l. c.*, 1, 1; Ulp., D., XLVII, 11, 2).

(11) D'autres restrictions ont été établies par le droit postérieur : interdiction des hétéries (Plin., *Ep.*, X, 76), des *collegia sodalicia* (Marc., 3 Inst., D., XLVII, 22, 1 pr.), des associations entre militaires (*eod.*). Au temps de S. Sévère, cette interdiction ne s'applique pas aux sous-officiers. Défense d'être membres de plusieurs collèges (Marc., *eod.*, 1, 1), d'entrer dans un collège d'artisans si l'on est incapable de travailler (Ant. P., ap. Callistr., D., L, 6, 5, 12).

fois autorisées ont le caractère d'institutions d'utilité publique.

Il y eut dès lors deux sortes d'associations : les associations autorisées (*quibus coeundi jus est*) (1) qui seules forment une personne juridique (2), et les associations illicites. Celles-ci comprennent d'abord les associations non autorisées, mais souvent tolérées ; puis les associations qui ont pris un caractère dangereux alors même qu'elles ont été autorisées. Leur situation est réglée par un sénatus-consulte (3). Les premières peuvent être dissoutes par ordre de l'empereur, mais il leur est permis de partager entre leurs membres la caisse commune (4). On est plus rigoureux à l'égard des secondes ; on applique à leurs fondateurs les peines du crime de lèse-majesté (5)

Le nombre des membres des associations n'est pas limité par la loi, mais peut l'être par les statuts, par les bienfaiteurs du collège ou par l'État (6). La jurisprudence a fixé à trois personnes le minimum requis pour la formation de l'association, mais l'association subsiste tant qu'il reste un de ses membres (7).

III. Capacité des personnes juridiques. — Les personnes juridiques sont capables de droit, incapables de fait. Encore ne sont-elles pas capables d'avoir toute espèce de droits : il ne peut être question pour elles des droits de famille, mais seulement de droits patrimoniaux. Parmi ces droits, il en est qu'on leur a accordés à titre exceptionnel : les droits de succession. Comme les personnes juridiques ne meurent pas, on n'a pas voulu retirer de la circulation un trop grand nombre de biens.

Les personnes juridiques sont incapables de fait. Elles ont besoin de quelqu'un qui agisse en leur lieu et place. Les actes accomplis par cette personne produisent leurs effets conformément au droit commun; mais on a, dans certains cas, admis l'idée de représentation (p. 175).

(1) Ulp., 5 ad Sab., D., XL, 3, 1; *C. I. L.*, XIV, 2112, I, 10.

(2) Les membres d'une association simplement tolérée peuvent recevoir des legs individuellement : *Hi enim non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legatum.* (Paul. 12 ad Plaut., D., XXXIV, 5, 20).

(3) Marc., *loc. cit. : Sc. quo illicita collegia arceantur.*

(4) Marc., 2 jud. pub., *eod.*, 3 pr. L'existence de cette *pecunia communis* prouve que ces associations pouvaient avoir une existence de fait déjà longue.

(5) Ulp., 7 de off. cons., D., XLVIII, 4, 1, 1.

(6) *C. I. L.*, VI, 10234 ; Plin., *Ep.*, X, 33

(7) Ner., ap. Marcel., 1 Dig., D., L, 16, 85, Ulp., D., III, 4, 7, 2.

LIVRE III

LE PATRIMOINE ET LES DROITS RÉELS

CHAPITRE PREMIER

Le Patrimoine.

Le droit ne s'occupe des choses qu'en tant qu'elles sont susceptibles d'entrer dans le patrimoine d'une personne. De là, la division la plus générale des choses : elles sont hors de notre patrimoine ou dans notre patrimoine.

I. Notion et composition du patrimoine. — Le patrimoine comprend non plus seulement, comme autrefois, les biens qu'un chef de famille a recueillis dans la succession de son père et qu'il doit transmettre à ses enfants (I, 313, 6), mais tous ses biens, de quelque manière qu'il les ait acquis et quelle qu'en soit la nature (I, 699). A cette conception nouvelle du patrimoine correspond une double distinction des choses *mancipi* ou *nec mancipi*, corporelles ou incorporelles.

1° *Res mancipi, nec mancipi.* — Les choses sont *mancipi* ou *nec mancipi* suivant qu'elles sont ou non susceptibles d'être acquises par mancipation (I, 268, 1). Sont *mancipi* les fonds de terre italiques, les maisons, les servitudes rurales, les esclaves, bœufs, chevaux, ânes, mulets, et, d'une manière générale, les bêtes de trait ou de somme (I, 78, 4; 79, 1), à l'exception des éléphants et des chameaux. Toute autre chose est *nec mancipi* et s'acquiert entre vifs par tradition ou par *in jure cessio* (I, 268; 441, 4-5). C'est une division artificielle qui remonte à une époque où les Romains ne connaissaient même pas de nom les éléphants et les chameaux, c'est-à-dire à la fin du v[e] ou au début du vi[e] siècle (1). Elle a disparu sous Justinien avec la mancipation; elle n'a dès lors qu'un intérêt historique (I, 731, 1) (2).

(1) Sen., *Brev. vitæ*, 13 : triomphe de Curius Dentatus en 479. Liv. XXXIII, 9 : guerre de Macédoine en 555. L'expression *prædia in Italico solo* pourrait donner à penser que la division est postérieure à la guerre sociale : elle a été certainement substituée à celle de *prædia in agro romano* (Ulp., XIX, 1; Gaius, II, 14-17).

(2) La division des *res mancipi* et *nec mancipi* paraît correspondre à la distinc-

2° *Choses corporelles, incorporelles.* — La division des choses en corporelles et incorporelles est due aux jurisconsultes antérieurs à Cicéron : elle remonte à une époque où la science du droit était en voie de formation; elle n'a pas cette précision qui est propre aux grands jurisconsultes. Sont corporelles les choses qu'on peut percevoir à l'aide des sens (*quæ tangi possunt*). Sont incorporelles celles qui ne tombent pas sous nos sens, que l'esprit seul peut concevoir. L'idée qui a inspiré cette division a été empruntée à la philosophie stoïcienne (1) : elle a pour but d'étendre la notion de chose. Au lieu de la restreindre aux choses qui sont dans la nature, on l'applique à des choses qui ne peuvent être saisies que par l'intelligence, à de pures abstractions. Cette conception forme le pendant de celle qui vient d'être indiquée dans le droit des personnes : à côté des personnes physiques, les personnes juridiques; à côté des choses corporelles, les choses incorporelles. Mais l'application qu'on a faite de cette distinction est moins satisfaisante : comme exemple de choses corporelles, on cite un fonds de terre, un esclave, de l'or, de l'argent; comme exemple de choses incorporelles, l'hérédité, l'usufruit, les obligations, les servitudes. Cicéron ajoute l'usucapion, la tutelle, la gentilité, l'agnation (2).

Le vice de cette classification est évident : on range pêle-mêle dans une même catégorie des faits générateurs de droit comme l'agnation, et des droits acquis, comme les servitudes. Puis, en classant certains droits acquis parmi les choses incorporelles, on donne à entendre que les autres sont des choses corporelles. Or, parmi ces droits, dont on n'a pas parlé, figure le droit de propriété; c'est même le seul qu'on ait oublié.

La classification adoptée a donc pour résultat de séparer le droit de propriété des autres droits, de le classer parmi les choses corporelles, bien qu'il soit tout aussi incorporel que les

tion antique de la *familia* et de la *pecunia* (I, 92, 1-4). Gaius (I, 192) dit en effet que les *res mancipi* sont considérées comme les plus précieuses ; ce sont par conséquent celles qui formaient l'élément stable du patrimoine et que l'on devait transmettre à ses enfants. Lorsque le régime de la propriété individuelle eut remplacé celui de la propriété familiale, il n'est plus resté de l'ancienne distinction que la règle qui exigeait l'emploi de la mancipation pour les *res pretiosiores*.

(1) Cic., *Top.*, 5, 26. Cf. Boeth., p. 312; Æl. Gall. ap. Fest., v° *Possessio;* Sen., *Ep.*, 58, 11 et 14; Diog. Laert., VIII, 140.

(2) Gaius, II, 12, 14; Cic., *loc. cit.* Cf. pour la tutelle, Ulp., XIX, 11. Il faut joindre à la liste des choses incorporelles la *militia* qui, au IIe siècle, peut être vendue ou léguée (Cels., 21 Dig., D., XXXI, 22; Scæv., 7, 17, 20 Dig., D., XIX, 1, 52, 2; XXXII, 102, 2-3; XXXIV, 1, 18, 2 ; Paul, 5 ad l. Jul., D., XXXI, 49, 1; Ulp., 2 fid., D., XXXII, 11, 16; 11 ad Ed., D., IV, 4, 3, 7). Sur les fonctions désignées par le mot *militia*, voir les conjectures de Mommsen, trad., VI, 2, 37.

servitudes. De là, on a conclu que les choses corporelles étaient seules susceptibles de possession et pouvaient seules s'acquérir par tradition ou par usucapion (1).

L'erreur commise par les anciens jurisconsultes aurait dû être relevée par les classiques. Ils ne l'ont pas fait (2), sans doute parce que, dans le langage usuel, on confond le droit de propriété avec son objet, tandis que pour désigner tout autre droit réel, on ne peut se dispenser d'en indiquer la nature. Ils ont du moins écarté les conséquences pratiques de cette classification : dès la fin du Ier siècle, la jurisprudence admit, à côté de la possession correspondant au droit de propriété, une possession correspondant aux servitudes, la quasi-possession. Dès lors la division des choses en corporelles et incorporelles aurait dû disparaître; mais elle avait pénétré si avant dans la langue juridique et dans l'usage vulgaire qu'elle est encore aujourd'hui implicitement contenue dans divers articles du Code civil (3).

Si la division des choses en corporelles et incorporelles prête à la critique par l'application qui en a été faite, on ne saurait trop apprécier la justesse et l'utilité des divisions suivantes.

3° *Res quæ pondere, numero mensurave constant. Species.* — Certaines choses s'apprécient au poids, au nombre ou à la mesure (pièces de monnaie, vin, huile, laine, denrées de même qualité) : on les appelle aussi des quantités (4). D'autres s'apprécient d'après leur individualité (maison, tableau) : on les appelle des corps certains (5). Dans les usages du commerce, les premières peuvent se remplacer les unes par les autres, chacune dans son espèce; elles ont individuellement la même valeur. Il n'en est pas de même des secondes : deux maisons ou deux tableaux ne sont pas considérés comme équivalents. Telle est la règle générale : on peut y déroger. On peut exceptionnellement envisager une pièce de monnaie dans son individualité, comme on peut vendre une terre à la mesure.

Cette division présente un intérêt pratique en matière d'obligations : *a*) le *mutuum* ne peut avoir pour objet que des choses

(1) Paul, 54 ad Ed., D., XLI, 2, 3 pr.; Gaius, II, 19, 28; D., XLI, 3, 9.

(2) Ulp., 21 ad Ed., D., XXX, 41 pr.; 15 ad Ed., D., V, 3, 18, 2.

(3) L'art. 526 range parmi les immeubles, par l'objet auquel ils s'appliquent, tous les démembrements de la propriété : seul le droit de propriété est exclu. D'après l'art. 529, le droit de créance est mobilier lorsqu'il porte sur des effets mobiliers; le Code ne parle pas du droit de propriété portant sur un meuble : il a donc imité l'ancien droit romain en séparant le droit de propriété des autres droits.

(4) Gaius, III, 90. Pius ap. Ulp., 21 ad Sab., D., XXX, 34, 3 : Pap., *eod.*, 34, 5. Cf. Jul., 17 Dig., D., XXIII, 4, 21.

(5) Ulp., *eod.*, 34, 4 : *certum corpus*; Pap., *eod.* : *species certa*.

qui se pèsent, se comptent ou se mesurent; le commodat a toujours pour objet des choses considérées dans leur individualité. *b*) Le dépôt est régulier ou irrégulier suivant qu'il a pour objet des corps certains ou des quantités. *c*) Les règles sur la restitution de la dot varient suivant qu'elle a pour objet des quantités ou des corps certains (p. 111, 3) (1).

4° *Genera, species.* — Tandis que la division précédente des choses est fondée sur leur nature et sur les usages du commerce, celle-ci dépend de la volonté des parties : elles peuvent à leur gré, en contractant, traiter une même chose comme un genre ou comme un corps certain, stipuler *un* esclave ou *tel* esclave (2). Lorsqu'on stipule une chose déterminée seulement dans son genre, on retarde jusqu'au payement l'individualisation de l'objet de l'obligation. Ce retard est parfois une manière de favoriser le débiteur; mais, en même temps, il a une chance à courir : si la chose qu'il se proposait de livrer périt par cas fortuit, les risques sont à sa charge, *genera non pereunt.* Au contraire, le débiteur d'un corps certain est libéré *interitu rei.* C'est là l'intérêt pratique de cette division; elle est étrangère aux droits réels : ces droits ont nécessairement pour objet un corps certain.

5° *Choses qui se consomment ou non par le premier usage.* — En général, les choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent se consomment par le premier usage. Il en est de même des pièces de monnaie, bien qu'elles ne soient pas matériellement détruites : on ne peut en user sans les aliéner au profit d'autrui (3). Cette division ne se confond pas entièrement avec la première : il y a des choses que l'on vend au nombre, comme les exemplaires d'un livre, les moutons d'un troupeau, et qui ne se consomment pas par le premier usage. Intérêt pratique en matière d'usufruit : il n'y a pas d'usufruit possible sur les choses qui se consomment *primo usu* (4).

6° *Choses principales, choses accessoires.* — Il y a des choses qui servent immédiatement et par elles-mêmes aux besoins de l'homme; il en est qui ne rendent les mêmes services que par l'intermédiaire d'une autre chose ou par leur union à une autre chose; elles sont considérées comme l'accessoire d'une chose principale : les clefs d'une maison (5), les tuiles posées sur une

(1) Cf. Jhering, *OEuvres*, I, 158; Karlowa, *Grünhut's Zeits.*, XVI, 411.
(2) Jul., 22 Dig., D., XLV, 1, 54. Il en est de même dans le legs *per damnationem* (Ulp., 20 ad Sab., D., XXXIII, 5, 2, 1).
(3) Ulp., XXIV, 27; 18 ad Sab., D., VII, 5, 1 et 5 pr.
(4) Cf. sur cette distinction, Jhering, *OEuvres choisies*, I, 284.
(5) Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 1, 17 pr.

toiture, la paille qui sert pour la litière des animaux. Ce sont toujours des choses de minime valeur; elles ne sont des accessoires que lorsqu'elles ont été affectées à l'usage de la chose principale (1). — Intérêt pratique : les actes juridiques conclus pour la chose principale s'appliquent, sauf convention contraire, à la chose accessoire. La vente, le legs, l'hypothèque de la chose principale, entraîne la vente, le legs, l'hypothèque de la chose accessoire.

7° *Choses simples, choses composées*, universitates facti. — Cette classification des choses corporelles a été empruntée à la philosophie stoïcienne (2), mais la jurisprudence en a changé la signification et la portée. Une chose est simple lorsqu'elle forme un tout homogène, comme un esclave, une poutre, une pierre. Une chose est composée lorsqu'elle est formée de parties hétérogènes, mais adhérentes entre elles, comme une maison, un navire, une armoire. Enfin, une chose constitue une *universitas facti* lorsqu'elle est formée par la réunion de plusieurs choses qui restent distinctes, comme un troupeau (3). Intérêt pratique : si l'une des choses qui sont entrées dans la composition d'une autre appartient à un tiers, ce tiers ne pourra la revendiquer si la chose est adhérente au *corpus;* il en aura le droit s'il n'y a qu'une *universitas facti* (4).

8° *Meubles et immeubles.* — On appelle immeubles les choses qui tiennent au sol (*res soli*) et ne sont pas susceptibles d'être déplacées : un fonds de terre, une maison. Parmi les fonds de terre, on distingue les propriétés bâties, *prædia urbana*, et les propriétés non bâties, *prædia rustica.* Peu importe que la propriété bâtie soit située à la campagne : c'est toujours un *præ-*

(1) Jav. D., XIX, 1, 18, 1. Les choses d'une certaine valeur, comme le pécule d'un esclave, ne sont pas traitées comme des accessoires (Pap., D., XX, 1, 1, 1). Une chose peut être accessoire sans être incorporée à la chose principale. Mais une chose incorporée à une autre doit-elle par cela même être traitée comme accessoire? Il faut distinguer suivant que l'incorporation est temporaire ou permanente (Lab., ap. Pomp., 10 *Ep.*, D., L, 16, 245, 1 ; Pomp., *eod.*, 245 pr.). Dans le doute, on présume que la chose incorporée est devenue un accessoire permanent (Proc., ap. Cels., 8 Dig., D., XIX, 1, 38, 2; Pomp., 1 fid., D., XXXIII, 7, 21).

(2) Cf. Göppert, *Einheitliche, zusammengesetze und Gesammtsachen*, 1871, p. 10.

(3) Pomp., 30 ad Sab., D., XLI, 3, 30 pr. Cf. Jav., 9 *Ep.*, *eod.*, 83 pr.; Cass., ap. Paul, 21 ad Ed., D., VI, 1, 23. 5.

(4) Les choses accessoires incorporées à une chose principale n'ont plus d'existence indépendante : elles ne sauraient être possédées séparément. L'acheteur d'une maison possède la maison et non les matériaux dont elle est formée; le délai requis pour usucaper sera celui de l'usucapion des immeubles (Jav., D., XLI, 3, 23 pr. Voir cep. Pomp., 30 ad Sab., D., XLI, 3, 30, 1). Il en est autrement pour les choses composant une *universitas facti* (Pomp., *eod.*, 30, 2) : *Non... universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio.* Cf. Perozzi, *Sul possesso di parti di cosa*, 1888.

dium urbanum, ainsi que le jardin attenant à la maison (1). Toute autre chose corporelle est un meuble : animal, esclave, navire. La division des choses en meubles et immeubles est loin d'avoir l'importance qu'elle a chez nous; elle n'est pas cependant dénuée d'intérêt pratique : *a*) l'usucapion a lieu par deux ans pour les immeubles, par un an pour les autres choses; *b*) les interdits *uti possidetis, unde vi, quod vi aut clam* sont spéciaux aux immeubles; l'*utrubi* ne concerne que les meubles; *c*) Le vol n'est possible que pour les meubles; *d*) les immeubles dotaux sont seuls inaliénables.

II. Res extra patrimonium. — Sont en dehors du patrimoine d'un particulier : 1° les choses qui appartiennent au peuple romain ou aux cités (p. 174, 3). Ces choses forment ce qu'on appelle aujourd'hui leur patrimoine privé : elles comprennent notamment l'argent conservé dans le trésor public ou dans la caisse de la cité, les terres publiques, les esclaves publics; 2° les choses qui ne sont pas susceptibles d'appropriation : *res divini juris*, choses communes, choses affectées à l'usage public.

a) Les *res divini juris* sont exclues de l'usage des hommes (2).

(1) Ulp., 2 de omn. trib., D., L, 16, 198.

(2) Paul, 15 ad Plaut., D., XXXIX, 3, 17, 3 : *Quo fas non sit uti.* Malgré l'apparence générale de certains textes, il ne faut pas en conclure qu'elles sont à tous égards soustraites au *jus humanum.* Paul (D., XLIII, 2, 2, 2) admet, pour les lieux sacrés et religieux, l'existence d'un droit voisin du droit de propriété et sanctionné par des interdits. Il accorde même pour les *res religiosæ* une action *in factum* (D., VI, 1, 43). Julien (D., XLVII, 12, 6), tout en reconnaissant que l'action *sepulcri violati* n'a pas trait *ad rem familiarem*, donne à l'ayant droit le titre de *dominus.* Quelle est la nature de ce droit? La question est importante pour le droit qu'on peut avoir sur un tombeau. Le *jus sepulcri* n'est pas un droit de propriété (Ulp., D., VIII, 5, 1; XLIII, 24, 13, 4) : les textes excluent la revendication (Paul, D., VI, 1, 23, 3; Alex., C., III, 44, 4), l'aliénation entre vifs (Carac., C., III, 44, 2; Philip., *eod.*, 9), le legs *per vindicationem* (Diocl., C., VI, 37, 14) ou *per damnationem* (Ulp., XXIV, 9), la possession (Paul, D., XLI, 2, 30, 1), l'usucapion (Inst., II, 6, 1), le gage (Carac., C., VIII, 17, 3), les servitudes (Jav., 10 ex Cass., D., VIII, 4, 4). Le *jus sepulcri* est un droit *sui generis* qui confère la faculté d'utiliser un sépulcre (*sepeliri et mortuum inferre :* Ulp., D., XI, 7, 6, pr.), d'y accomplir les cérémonies religieuses (*C. I. L.*, VI, 10562), d'y édifier un monument (Ulp., D., XI, 8, 1, 5), de le réparer (Ulp., *eod.*, 5 pr.) et de le protéger contre toute atteinte. Ce droit est transmissible aux héritiers et aux *bonorum possessores* (Ulp., 60 ad Ed., D., XL, 5, 4, 2), mais il est inséparable du titre d'héritier : il ne se perd ni en cas d'exclusion pour indignité (Ulp., D., XI, 7, 33), ni par l'abstention d'un *suus* (Ulp., *eod.*, 6 pr.), ni après la restitution d'un fidéicommis universel (Paul, D., XXXVI, 1, 42, 1). Le *jus sepulcri* peut aussi être légué (Diocl., C., VI, 37, 14). Il semble même qu'on puisse le vendre, le donner, l'engager : on ne peut guère expliquer autrement les précautions prises par certaines personnes pour interdire ces actes sous peine d'amende (I, 304, 1). On peut établir sur les fonds voisins des servitudes de passage, de puisage, etc., pour les besoins du sépulcre (Paul, D., VIII, 1, 14, 1; Ulp., D., VIII, 5, 1; Sev., Carac. ap., Ulp., D., XI, 7, 12 pr.; *C. I. L.*, VI, 9404). Le titulaire du *jus sepulcri* peut enfin,

Il y en a trois sortes : *res sacræ, religiosæ, sanctæ*. Les *res sacræ* sont les choses consacrées aux dieux supérieurs par les pontifes. La consécration doit, quand il s'agit d'un immeuble, être autorisée par une loi, un Sc. ou une constitution impériale (1). Les *res religiosæ* sont les choses consacrées aux dieux mânes (2) : ici l'intervention des pontifes n'est pas nécessaire. L'inhumation du cadavre d'une personne libre ou d'un esclave (3) suffit pour rendre le terrain religieux sous trois conditions : qu'elle ait été faite par celui qui a la charge des funérailles, dans un terrain lui appartenant en propriété quiritaire (4), après qu'il a rendu les derniers devoirs au défunt (5). Les *res sanctæ* sont les portes et les murs des cités : elles ne sont pas, à vrai dire, *divini juris*, car elles ne sont pas consacrées aux dieux; mais, comme elles deviennent *sanctæ* à la suite d'une cérémonie religieuse accomplie par les augures, on les traite comme des *res divini juris* (6).

b) Les choses communes sont des choses qui ne peuvent devenir la propriété exclusive de personne : l'air, l'eau courante, la mer (7). Tout le monde a un droit égal à en profiter,

tout en conservant son droit, concéder à un tiers le droit d'être inhumé dans le sépulcre (*jus sepeliendi*) ou même le droit d'y déposer un cadavre (*jus mortuum inferendi*). Ce droit était parfois exclu par la clause *ne de nomine exeat familiæ suæ* (*C. I. L.*, VI, 13203). Quand il ne l'était pas, la concession faite au tiers était en principe personnelle; on pouvait cependant convenir que le concessionnaire aurait la faculté de céder son droit; cette clause était d'usage dans les collèges funéraires. Cf. sur le *jus sepulcri* C. Fadda, *op. cit.*; Mommsen, *Z. Sav. St.*, 1895; Marquardt, trad. XIV, 323; Jhering, IV, 344; et sur la distinction des *sepulcra familiaria* et *hereditaria* (Gaius, D., XI, 7, 5), Karlowa, II, 1046

(1) Gaius, II, 4, 5; Ulp., 68 ad Ed., D., I, 8, 9, 1; Valens, 7 act., D., XXXVI, 4, 15. Il y a plusieurs exemples des *leges dedicationis* prononcées par les pontifes et répétées par les magistrats (*lex aræ Augusti Narbonensis* de l'an 11, *lex aræ Jovis Salonitanæ* de l'an 137 Bruns, 263). Elles sont rédigées sur le modèle de la *lex* de l'autel de Diane sur l'Aventin. Cf. sur la protection des lieux sacrés à l'époque antique, t. Ier, p. 481, et pour l'époque ultérieure, Mommsen, *Strafrecht*, 760. Le vol des meubles sacrés est puni par la loi Julia *peculatus*; l'effraction des portes d'un temple est punie *extra ordinem* (Ulp., 44 ad Sab., D., XLVIII, 13, 1; 7 de off. proc., 6 pr.; Marc., 4, 2).

(2) Cf. Fadda, *Le res religiosæ nel diritto romano*, 1899.

(3) Gaius, II, 6, 7. Dans les provinces, la consécration ou l'inhumation rend le sol *pro sacro* ou *pro religioso*. L'inhumation dans le terrain d'autrui ou le dépôt des cendres dans un tombeau contre le gré du propriétaire et par un autre que l'ayant droit, est réprimée dès la fin de la République (Treb., ap. Ulp., 19 ad Ed., D., X, 3, 6, 6) par l'édit du Préteur : elle donne lieu à une action arbitraire (Gaius, 19 ad Ed. prov., D., XI, 7, 7 pr.) qui entraîne une peine pécuniaire (Ulp., 25 ad Ed., *eod.*, 2, 2; mais Lenel, *E. P.*, I, 260, tient ce texte pour interpolé). Si le tombeau est indivis (Or., 4506), chacun des copropriétaires peut en user sans le consentement des autres (Ulp., *eod.*, 6, 6).

(4) Aristo, ap. Ulp., 25 ad Ed., D., XI, 7, 2 pr.

(5) Voir notre article funus (*Dict. des Antiq.*, IV, 1393-1396).

(6) Gaius, II, 8. Cf. sur la protection des *loca sancta* t. Ier, p. 482, 6-7.

(7) Marc., 3 Inst., D., I, 8, 2, 1; 4 pr. Un texte d'Ulpien semble indiquer que l'État affermait parfois le droit de pêcher dans la mer (57 ad Ed., D., XLVII, 10,

mais ce droit ne compte pas dans le patrimoine; il n'est sanctionné ni par une action réelle, ni par une action contractuelle, mais seulement par l'action d'injures (1). Toute atteinte portée à ce droit est considérée comme un outrage à la personne.

c) Les choses affectées à l'usage public, qu'on appelle parfois *res publicæ* comme celles qui forment le domaine privé de l'État (2), sont les places et les voies publiques, les théâtres (3), les fleuves (4) et leurs rives (p. 191, 6), les ports et les rivages de la mer (5). Le droit sur les choses affectées à l'usage public est la forme inférieure de la faculté de jouir; il n'est garanti, comme pour les choses communes, que par l'action d'injures (6).

III. Les droits du patrimoine. — L'antique distinction des choses en corporelles et incorporelles ne peut donner une idée

13, 7) : il cite un interdit accordé par les *Veteres* au fermier de la pêche. A l'appui de cette interprétation, on a invoqué une inscription trouvée à Beergum, près de Leeuvarden en Hollande, dans le pays des Frisons, et dédiée par des *conductores piscatus* (Bruns, 332; *Bull. di dir. Rom.*, 1889, p. 129). Mais rien ne prouve qu'ils aient affermé le droit de pêcher dans la mer plutôt que dans les lacs ou fleuves publics.

(1) Ulp., *loc. cit.;* D., XLIII, 8, 2, 9. Cf Jhering, *Actio injuriarum*, 105.

(2) Marc., 3 Inst., D., I, 8, 4, 1 ; Cic., *Top.*, 7 ; Inst., II, 1, 2. La distinction est faite par Cels., ap. Pomp., D., XVIII, 1, 6 pr. ; Pap., *eod.*, 72, 1. La question de savoir si l'Etat a sur ces choses un droit de propriété ou seulement un droit de souveraineté et de police a été en Allemagne l'objet d'une vive controverse. Jhering a nié le droit de propriété de l'Etat : cette opinion est en général écartée, et à juste titre. Si l'Etat n'use pas de sa propriété comme le ferait un particulier, c'est que les besoins auxquels il doit pourvoir ne sont pas les mêmes. Le droit de l'Etat se manifeste par la perception d'un *solarium* pour les constructions élevées sur un terrain affecté à l'usage public (Ulp., D., XLIII, 8, 2, 1), par l'obligation de garantir contre un *damnum infectum* (Ulp., D., XXXIX, 2, 24 pr.), par le retour à l'Etat des biens désaffectés : si le droit de l'Etat sur ces biens n'était qu'un droit de police, on ne s'expliquerait pas qu'il pût se transformer en un droit de propriété. Cf. Saleilles, *Nouv. rev. hist.*, 1889, p. 459; Glück-Ubbelohde, l. 43-44, 4e p., 1893, I, 24.

(3) Cels., *loc. cit.;* Inst., III, 19, 2 ; Ulp., D., XLIII, 8, 2, 22 *in fine*.

(4) Il s'agit uniquement des cours d'eau qui ne tarissent pas (Cass., Cels., ap. Ulp., 68 ad Ed., D., XLIII, 12, 1, 3). Ceux qui coulent d'une façon intermittente sont une propriété privée (Ulp., 1, 4).

(5) Certains jurisconsultes classent le rivage de la mer parmi les choses communes (Marc., *loc. cit.*), mais les restrictions apportées par l'Etat à son usage (Scæv., 5 Resp., D., XLIII, 8, 4, cf. Cels., *eod.*, 3, 1) se concilient mieux avec l'opinion qui le range parmi les choses publiques. Cette opinion était admise au temps de Cicéron, et Celsus affirme que le rivage est la propriété du peuple romain (39 Dig., *eod.*, 3 pr.). — L'Etat peut accorder la faculté d'élever sur le rivage de la mer une construction temporaire : les tiers doivent la respecter (Pomp., 6 ex Plaut., D., XLI, 1, 50 ; Marc., D., I, 8, 6 pr.). — D'après Celsus (25 Dig., D., L, 16, 96), Cicéron aurait donné, en qualité d'arbitre, la définition du rivage de la mer qui fut admise depuis par la jurisprudence : elle a été reproduite dans l'ordonnance de la marine de 1681. Cicéron lui-même, dans ses *Topiques* adressés à Trebatius, rapporte une définition d'Aquilius Gallus (*Top.*, 7; cf. *Pro S. Rosc.*, 26)

(6) Ulp., D., XLIII, 8, 2, 9.

claire de la composition du patrimoine : les droits doivent être classés d'après leur nature et non d'après leur objet. Le patrimoine comprend à ce point de vue deux sortes de droits : les droits réels et les droits de créance (1).

Les droits réels confèrent à leur titulaire la faculté de retirer d'une chose, en tout ou en partie, l'utilité qu'elle est susceptible de procurer. Ces droits sont peu nombreux : la propriété (*dominium*) d'une part ; d'autre part les droits réels sur la chose d'autrui (*jura in re aliena*) (2) : servitudes, hypothèque, superficie, droit du fermier de l'*ager vectigalis*.

Le droit de créance est d'une nature toute différente : c'est un droit contre une personne. Il confère la faculté de s'adresser à une personne déterminée pour exiger d'elle un service qui consiste souvent à donner une chose corporelle, mais qui peut également avoir pour objet un fait ou une abstention.

Entre le droit réel et le droit de créance, il y a donc une différence essentielle : le droit réel suppose un rapport direct entre la personne et la chose (3). Le droit de créance n'établit entre la personne et la chose qu'un rapport indirect : le créancier ne peut obtenir la chose que par l'intermédiaire du débiteur. De là, deux conséquences qui manifestent la supériorité du droit réel vis-à-vis du droit de créance : le droit réel entraîne un droit de préférence et un droit de suite. 1° Le titulaire d'un droit réel n'a pas à redouter l'insolvabilité du détenteur de sa chose : son droit prime celui des créanciers de ce détenteur; il l'emporte même sur les droits réels constitués postérieurement au sien. Entre plusieurs personnes qui ont une hypothèque sur une

(1) Cf. Gaius, IV, 2-3. L'opposition établie entre les droits réels et les droits de créance n'est pas absolue : lorsque les besoins de la pratique l'ont exigé, le droit classique n'a pas hésité à admettre la combinaison du droit réel et du droit de créance (p. 52, 7). Cf. l'inscription d'Henchir Mettich qui attribue un droit réel aux colons sous certaines conditions. Voir notre mémoire sur *Le colonat partiaire*, p. 21[101].

(2) Gaius, ad Ed. præt., D , XXXIX, 2, 19 pr.

(3) Cette conception du droit réel a été critiquée au point de vue philosophique. Tout droit est, dit-on, un rapport entre deux personnes ; il ne peut pas exister entre une personne et une chose. Le droit réel est de même nature que le droit de créance : il impose à toute personne autre que le titulaire du droit une obligation purement négative, celle de s'abstenir de troubler la possession paisible du titulaire (Windscheid, *Lehrbuch*, I, 38 ; Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 762-763). L'exactitude de cette critique, très contestée au point de vue du droit moderne (Dernburg, *Pandekten*, I, 47, 5), ne saurait être admise pour le droit romain : à Rome, on a toujours considéré le droit de propriété comme le plus positif de tous les droits. Le propriétaire affirme que la chose est soumise à son pouvoir : *rem suam esse*. L'usufruitier affirme *jus sibi esse utendi fruendi*. Nulle part n'apparaît l'idée d'obligation. Si un tiers me trouble dans l'exercice de mon droit, j'agirai contre lui, non pas pour lui demander l'exécution d'une obligation, mais pour faire déclarer judiciairement que moi seul ai pouvoir sur la chose (Gaius, IV, 3-4).

même chose, on préfère celle dont l'hypothèque est la première en date. Rien de pareil pour le droit de créance : en cas d'insolvabilité du débiteur, tous les créanciers viennent en concours et se partagent l'actif proportionnellement au montant de leur créance. 2° Le titulaire d'un droit réel peut faire valoir son droit à l'encontre de tout tiers détenteur. Il n'a pas à redouter l'aliénation faite par le détenteur actuel : il suit la chose entre quelques mains qu'elle se trouve. Ce droit de suite est surtout utile au créancier hypothécaire lorsque la chose hypothéquée a été aliénée par son débiteur, à l'usufruitier lorsque la chose grevée d'usufruit a été aliénée par le nu propriétaire. Le titulaire d'un droit de créance est moins favorisé : il ne peut critiquer l'aliénation non frauduleuse qui diminue le patrimoine de son débiteur.

Malgré cette double infériorité, le droit de créance n'en est pas moins, dès l'instant de sa formation, un élément du patrimoine du créancier : par cela même qu'il constitue un droit garanti par la loi, il compte dans le patrimoine avant d'être réalisé. A l'inverse, les dettes diminuent le patrimoine du débiteur dès l'instant de leur formation : par cela même que le débiteur est juridiquement obligé à rendre un certain service, la valeur pécuniaire de ce service est réputée sortie de son patrimoine. Toutefois, l'idée de déduire le passif de l'actif apparaît tardivement dans la jurisprudence, à la fin du Ier siècle (1).

Dès lors, comme en droit moderne, le patrimoine est l'ensemble des droits actifs et passifs susceptibles d'une évaluation pécuniaire et appartenant à une personne déterminée. Cet ensemble de droits peut varier quant à sa valeur ou quant à sa composition, mais il forme un seul tout. L'unité du patrimoine se manifeste à deux points de vue : d'abord, il est soumis à une seule et même personne ; puis tous les éléments qui le composent, quel qu'en soit l'objet, sont appréciés d'après leur valeur pécuniaire (2). Le patrimoine s'exprime par un chiffre : ce chiffre représente la différence entre la valeur de l'actif et le montant du passif.

IV. ACQUISITION ET PERTE DES DROITS DU PATRIMOINE (3). — En général, les droits du patrimoine s'acquièrent ou se perdent par

(1) JAV., 9 *Ep.*, D., XLIX, 14, 11. Elle avait été consacrée par l'Édit *de capite minutis :* le Préteur n'admet pas que l'adrogeant ou le mari acquière les biens de l'adrogé ou de la femme *in manu* sans être tenu des dettes.

(2) PAUL, 2 ad Ed. D. L, 16, 5 pr.

(3) La question de l'acquisition ou de la perte des droits se pose également pour les droits de famille; elle est surtout importante pour les droits du patrimoine, parce qu'elle est de nature à se produire bien plus fréquemment. Le mariage, l'adop-

suite d'un fait juridique, exceptionnellement par l'autorité de la loi. Le fait juridique est un acte de la nature ou de l'homme qui produit un effet consacré par le droit. L'alluvion, l'avulsion, la naissance ou la mort rentrent dans la première catégorie. La seconde comprend des actes licites ou illicites, soit des actes matériels (plantation, construction, spécification, occupation), soit des actes juridiques, c'est-à-dire des faits de volonté, tendant à créer, éteindre ou modifier un rapport de droit (1).

Les Romains n'ont pas formulé une théorie générale des actes juridiques (2), mais ils ont examiné et résolu bon nombre des questions qui s'y rattachent. Ces questions concernent : 1° la déclaration de volonté, sa manifestation, ses modalités, son interprétation, les vices dont elle peut être atteinte ; 2° la distinction des éléments qui sont de l'essence ou de la nature d'un acte juridique (3) ; 3° la distinction de la cause et des motifs des actes juridiques (4) ; 4° la classification des actes juridiques suivant qu'ils sont unilatéraux comme le testament, ou bilatéraux comme une convention ; entre vifs ou à cause de mort (5) ; à titre onéreux ou à titre gratuit (6).

A l'exemple des jurisconsultes classiques, nous nous occuperons de ces questions à propos des diverses institutions où elles

tion, l'émancipation sont des actes qui n'auront lieu peut-être qu'une seule fois pendant la vie d'un homme, tandis que la vente est un acte qu'il conclura journellement. Ulpien vise les droits du patrimoine lorsqu'il dit (2 Inst., D., I, 3, 41) : *Totum autem jus consistit aut in acquirendo aut in conservando aut in minuendo : aut enim agitur quemadmodum quid cujusque fiat aut quemadmodum quis rem vel jus suum conservet aut quomodo alienet aut amittat.*

(1) La notion de l'acte juridique a donné lieu à de nombreuses divergences (Voir les discussions soulevées par l'art. 143 du Code civil allemand : Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 378). Certains auteurs prétendent qu'elle est inutile, parce qu'il n'y aurait pas de règles communes aux divers actes juridiques. Mais les règles sur la capacité requise pour prendre part à un acte juridique, sur la déclaration de volonté qui lui sert de fondement, sont uniformes.

(2) L'expression *actus juridicus* a été imaginée au xviii[e] siècle. Cf. Pernice, *Grünhuts Zeits.*, VII, 467. Les classiques emploient dans un sens analogue le mot *negotium* (Jul., 31 Dig., D., XXVI, 8, 14; Gaius, 23 ad ed. prov., D., XIII, 5, 3) ou l'expression *quod gestum erit* (Ulp., 66, 73 ad Ed., D., XLII, 8, 1, 2; 2; 3).

(3) Dans la vente, le consentement des parties sur la chose et sur le prix est de l'essence de l'acte ; la garantie contre l'éviction est seulement de sa nature : elle peut être exclue par la convention des parties.

(4) Le droit ne s'occupe pas du motif qui nous détermine à conclure un acte juridique. La cause exerce une influence sur le sort de l'acte (Pomp., 27 ad Q. Muc., D., XII, 6, 52). Les principales causes sont les *causæ solvendi*, *credendi*, *donandi* (Mæc., 5 fid., D., XXXVI, 1, 65, 4.)

(5) Cette distinction est faite à propos des donations (Ulp., 2 Disp., D., V, 2, 25 pr.) et des affranchissements (Ulp., 14 ad Sab., D., XXXVIII, 4, 1 pr.). L'acte à cause de mort est celui par lequel on dispose de sa succession ou d'un objet compris dans la succession ; il ne suffit pas que l'acte se réalise après la mort.

(6) Cf. Jul., 33, 73 Dig., D., XLIV, 7, 17; 19; Paul, D., XLV, 1, 83, 6

présentent un intérêt pratique, particulièrement en matière de contrats ; mais en raison de leur portée générale, il nous a semblé utile de les signaler dès à présent.

CHAPITRE II

La propriété.

Aux derniers siècles de la République, le régime de la propriété familiale (I, 74) a fait place à celui de la propriété individuelle. Le propriétaire dispose librement de sa chose soit entre vifs, soit à cause de mort. Les restrictions à la liberté d'aliéner résultant de l'affectation des biens patrimoniaux aux besoins de la famille ont disparu (I, 504). La liberté de tester existe (I, 519), et l'on se préoccupe d'en réprimer les abus (I, 538). La mancipation s'applique aux immeubles (I, 257; 258, 4); et si, au temps de Cicéron, on considère comme un déshonneur de vendre la maison de famille où sont conservées les images des ancêtres, nul ne songe à contester la validité de cette aliénation.

L'œuvre du droit classique a consisté : 1° à préciser la notion de la propriété, à en déterminer les caractères, l'étendue, les limites ; 2° à atténuer les restrictions à l'acquisition de la propriété, en multipliant les cas d'*in bonis habere*, en sanctionnant la propriété des pérégrins et le droit des possesseurs des fonds provinciaux; 3° à distinguer la propriété de la possession.

I. Notion de la propriété. — D'après Justinien, la propriété confère un plein pouvoir sur une chose. Prise à la lettre et sans les réserves nécessaires, cette définition a eu le sort de toutes les formules générales : on l'a détournée de sa signification véritable. Les Romains n'ont jamais prétendu que le pouvoir du propriétaire fût sans limites : ils ont voulu marquer la différence qui sépare d'une part le régime de la propriété individuelle du régime de la propriété collective ou de la propriété familiale; d'autre part, le pouvoir du propriétaire de celui d'un possesseur ou d'un usufruitier.

1° Le propriétaire n'est tenu de partager avec personne la jouissance de sa chose, comme dans le régime de la propriété collective : il a un droit exclusif. 2° Il n'a plus à subir les entraves à la liberté d'aliéner, comme dans le régime de la propriété familiale : il a un droit absolu. 3° Le propriétaire a sur la chose un pouvoir consacré par la loi. Le possesseur n'a qu'un pouvoir de fait. Le propriétaire peut faire valoir son droit envers

et contre tous, grâce à l'action en revendication : il a un droit réel. Le possesseur est protégé par des interdits, sous certaines conditions et à l'égard de certaines personnes. 4° Le propriétaire a le droit d'user, de jouir, de disposer de la chose : il a un droit perpétuel. L'usufruitier n'a que le droit d'user et de jouir à titre temporaire.

Tels sont les caractères distinctifs de la propriété : c'est un droit réel, exclusif, absolu, perpétuel.

II. Étendue et limites du droit de propriété. — La question est importante surtout pour les immeubles. 1° La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le propriétaire du sol est propriétaire de tout ce qui s'y incorpore (constructions ou plantations) (1). Il peut s'opposer à ce qu'on lui cache la vue du ciel au-dessus de sa propriété, à ce qu'on intercepte la lumière et l'air qui lui sont nécessaires (2). Il a le droit de creuser une fosse, un puits (3); il a droit au produit des mines et carrières qui se trouvent dans son terrain (4).

2° Le droit de propriété a des limites : il doit, dans une certaine mesure, être subordonné à l'intérêt social. Cette vérité, les Romains l'ont reconnue dès le temps des Douze Tables, sous le régime de la propriété familiale; ils l'ont plus largement admise sous le régime de la propriété individuelle : ils ont imposé au propriétaire certaines obligations, les unes dans un intérêt public ou religieux, les autres dans l'intérêt des voisins. Ils ont même, à l'exemple du censeur, pris des mesures à l'égard des propriétaires négligents (5).

A. *a*) Le riverain d'un fleuve doit permettre à ceux qui naviguent d'aborder son champ, d'amarrer leur bateau aux arbres, de sécher leurs filets, de déposer sur la rive un fardeau (6). *b*) Lorsqu'une voie publique est détruite par une inondation ou autre cas de force majeure, le plus proche voisin doit laisser

(1) Gaius, 2 Aur., D., XLI, 1, 7, 10.
(2) Venul., 2 Int., D., XLIII, 24, 22, 4; Paul, 21 ad Ed., D., VIII, 2, 1 pr.
(3) Treb., ap. Ulp., 81 ad Ed., D., XXXIX, 2, 24, 12.
(4) Ulp., 31 ad Sab., D., XXIV, 3, 7, 14. Ces produits n'étaient pas partout traités comme des fruits : dans certaines régions l'usage local reconnaissait à toute personne le droit d'extraire de la pierre d'une carrière ; le propriétaire du sol n'avait droit qu'à une redevance et à la pierre nécessaire à ses besoins (Ulp., 6 Op., D., VIII, 4, 13, 1). Cf. pour le Bas-Empire *Cod. Just.*, XI, 7, 3 (382). Ailleurs, l'Etat concédait l'exploitation des mines et carrières moyennant une redevance (*Lex metalli Vipascensis*, Bruns, *Fontes*, 247 ; Alf., 7 Dig., D., XXXIX, 4, 15).
(5) Gell., IV, 12.
(6) Gaius, 2 Aur., D., I, 8, 5 pr. : *Riparum usus publicus est... Sed proprietas illorum est, quorum prædiis hærent...* C'est pour cela que Paul les range parmi les *res publicæ* (16 ad Sab., D., XLIII, 12, 3; in Lab. 6 Pith., D., XLI, 1, 65, 1).

passer sur sa propriété (1), sans doute pendant le temps nécessaire pour la réfection de la voie. *c*) La hauteur des maisons a été limitée par Auguste à soixante-dix pieds, par Trajan à soixante (2). *d*) Des Sc. du temps de Claude, Néron et Hadrien défendent de démolir les maisons dans un but de spéculation (3). *e*) Des Sc. et des rescrits autorisent, dans quelques cas, une sorte d'expropriation pour cause d'utilité publique (4). *f*) Le propriétaire d'un terrain où un tiers a enterré sans autorisation un cadavre ou des ossements ne peut les exhumer sans un décret des pontifes ou un ordre de l'empereur (5).

B. Les obligations imposées par les Douze Tables ou par l'Édit aux propriétaires dans l'intérêt des voisins ont été maintenues. Le droit classique a édicté quelques obligations nouvelles en s'inspirant des anciennes ou par application des principes généraux du droit : *a*) Par extension de l'édit de *arboribus cædendis*, Alexandre Sévère permet au propriétaire d'une maison de couper les racines de l'arbre d'un voisin, lorsqu'elles menacent d'ébranler les fondements de la maison (6). *b*) Des usages locaux défendent de modifier la forme et l'état des maisons anciennes de manière à nuire au jour et à la commodité du voisin (7) : il y a une sorte de prescription acquise à ce voisin. *c*) Il est interdit au propriétaire d'une construction d'ouvrir de nouvelles fenêtres donnant sur la maison du voisin, à moins d'obtenir la servitude *luminis immittendi* (8). Dans ces deux cas, on emploie contre le contrevenant la dénonciation de nouvel œuvre. *d*) En principe, tout pro-

(1) Jav., 10 ex Cass., D., VIII, 6, 14, 1.

(2) Suet., *Octav.*, 89; Aur. Vict., XIII, 13. Cf. Ulp., D., XXXIX, 1, 1, 17.

(3) Sc. Hosidien (44/46), Volusien (56) : *C. I. L.*, X, 1401. Sc. de l'an 122 : Ulp., 21 ad Sab., D., XXX, 41, 1.

(4) 1° Un sénatus-consulte de l'an 743 autorise les entrepreneurs des travaux de réfection des aqueducs de Rome à prendre dans les propriétés voisines tous les matériaux qui leur seront nécessaires moyennant une indemnité fixée *boni viri arbitratu* (Frontin, *De aquis*, 125). 2° Si, pour l'établissement d'un aqueduc, il y a lieu de prendre une parcelle d'un champ, et que le propriétaire fasse des difficultés, on lui achète la totalité et on revend ensuite ce dont on n'a pas besoin (Frontin, c. 128. Cf. Loi 3 mai 1841, art. 50). 3° Par interprétation d'un rescrit de Sévère et Caracalla, le propriétaire d'un tombeau enclavé dans le champ d'autrui a le droit d'exiger un passage pour y accéder; si ce passage ne lui est pas accordé à titre précaire, le président de la province le lui fera concéder moyennant une juste indemnité (Ulp., 25 ad Ed., D., XI, 7, 12 pr.). — Au Bas-Empire, on donnait parfois au propriétaire dépossédé une compensation d'une autre nature, soit une immunité (Constantin, *C. Th.*, XV, 2, 1), soit le droit d'occuper, à titre d'échange, un édifice public désaffecté (Theod., *C. Th.*, XV, 1, 50. Cf. Godefroy, *ad h. l.*).

(5) Lab. ap. Ulp., 25 ad Ed., D., XI, 7, 8 pr.

(6) C., VIII, 1, 1. Cf. t. I, 676, 3.

(7) Inscription du temps d'Auguste : *C. I. L.*, I, 1252; Ulp., 1 de off. cons., D., VIII, 2, 11 pr.

(8) Paul, 3 Resp., D., VIII, 2, 40. Cf. p. 272, 3.

priétaire est maître chez lui, et peut user de son droit sans se préoccuper du tort que cela peut causer au voisin. Celui-ci n'est pas fondé à se plaindre si on le prive d'un avantage auquel il n'a aucun droit (1). Mais le propriétaire ne peut faire usage de son droit dans le seul but de nuire à autrui : *Malitiis non est indulgendum* (2). *e*) Il lui est interdit d'établir chez lui des usines qui dégagent de la fumée ou qui laissent écouler de l'eau sur le fonds du voisin dans une mesure inusitée (3).

C. *a*) Les propriétaires sont tenus de réparer leurs maisons. Le gouverneur de la province est chargé de l'inspection des édifices, et des mesures de rigueur à prendre à l'égard des contrevenants (4). *b*) Les propriétaires sont tenus de rebâtir les maisons démolies (5). *c*) Des mesures plus énergiques furent prises dans l'intérêt de l'agriculture. La petite propriété avait en partie disparu ; la mise en valeur des grands domaines était difficile : confiée à des esclaves, elle consistait principalement dans l'élevage du bétail et dans l'exploitation des forêts. Pour la culture, on avait beaucoup de peine à trouver des fermiers solvables. Quelques grands propriétaires, notamment les empereurs, eurent recours à des colons partiaires : ils leur donnèrent à cultiver des parcelles de terre, et s'efforcèrent de les intéresser à la prospérité du domaine en leur assurant une situation favorisée que les fermiers généraux devaient respecter (*consuetudo domus*) (6). Ils allèrent même jusqu'à leur reconnaître la propriété de fait (*usus proprius*) des terres incultes ou en friche qu'ils avaient mises en valeur (7). Sous ce dernier rapport, ce qui n'était qu'une faveur consentie par quelques propriétaires finit

(1) Proc., ap. Ulp., 81 ad Ed., D., XXXIX, 2, 26.

(2) Cels., 3 Dig., D., VI, 1, 38. Cf. Marcel., ap. Ulp., D , XXXIX, 3, 1, 12.

(3) Aristo, Pomp., ap. Ulp., 17 ad Ed., D., VIII, 5, 8, 5-6.

(4) Rescrit d'Hadrien de 127 (*B. de corr. hellén.*, 1887, p. 111); Ulp., D., I, 18, 7.

(5) A défaut, tout citoyen est autorisé à occuper le sol vacant pour y édifier des constructions. Par dérogation à la maxime : *Superficies solo cedit*, le constructeur devient propriétaire du sol (Ed. d'Hadrien, p. 26, 4). C'était excessif. Au IIIe siècle, le *curator reipublicæ* est chargé d'inviter les propriétaires à rebâtir les maisons détruites. Il peut, en cas de besoin, faire rebâtir la maison aux frais de la cité, et si, dans un certain délai, le propriétaire du sol n'a pas remboursé le capital et les intérêts, la cité a le droit de vendre l'immeuble (Paul, 1 Sent., D , XXXIX, 2, 46). Ce nouveau règlement donnait satisfaction à l'intérêt public sans sacrifier le droit du propriétaire.

(6) Scæv., 22 Dig., D., XXXIII, 1, 21 pr.

(7) Inscription d'Henchir-Mettich (I, 7-10). Cf. notre *Colonat partiaire*, p. 13[93], et notre article dans *Nouv. Rev. hist.*, 1899, p. 634. Voir aussi l'inscription d'Aïn Ouassel (*Hermes*, XXIX, 206) : *Qui occupaverit, possidendi ac fruendi eredique suo relinquendi id jus datur, quod est lege Hadriana comprehensum, de rudibus agris, et iis qui per X annos continuos inculti sunt.*

par devenir un droit. Au IIIe siècle, de vastes étendues de terres restaient désertes : Pertinax les attribua au premier occupant, à la charge de les cultiver (1); il les exempta d'impôt pendant dix ans.

III. DIVERSES SORTES DE PROPRIÉTÉ. — Le droit classique a maintenu le dualisme de la propriété, développé la distinction de la propriété quiritaire et de la propriété prétorienne, consacré une distinction nouvelle entre les fonds italiques classés parmi les *res mancipi* et les fonds provinciaux qui ne comportent qu'une propriété de fait, sanctionné la propriété des pérégrins.

§ 1er. *Extension de l'*in bonis habere. — La distinction de la propriété quiritaire et de la propriété prétorienne est un vestige de l'époque où les *res mancipi* étaient les plus précieuses et ne pouvaient s'acquérir que par des modes solennels. Celui qui se contente d'une simple tradition n'obtient qu'un droit garanti par le Préteur, mais qui se transforme en propriété quiritaire après les délais de l'usucapion. Jusque-là la propriété est dédoublée : l'aliénateur conserve la propriété nue, le titre de propriétaire (I, 514, 2); l'acquéreur a la chose *in bonis :* il en retire tous les avantages qu'elle peut procurer (2); il possède *jure dominii* (3). Son droit est sanctionné par l'action Publicienne et par l'exception *rei venditæ et traditæ* (I, 508, 2; 513).

La notion de la propriété prétorienne procède d'un sentiment de réaction contre le formalisme du droit civil, contre des solennités devenues gênantes dans la pratique. Cette réaction s'est accentuée à l'époque classique : il y a deux séries d'hypothèses dans lesquelles on acquiert un droit analogue à la propriété prétorienne, soit en vertu d'un décret du magistrat ou d'une sentence du juge (4), soit en vertu d'un sénatus-consulte ou d'une constitution impériale (5). Pas plus que le préteur, le sénat ou l'empereur n'avait le pouvoir de conférer la propriété quiritaire : l'acquéreur n'avait que l'*in bonis* et la faculté d'usucaper. Sa situation n'était pas toujours identique à celle du propriétaire prétorien : le *bonorum possessor* et le *bonorum emtor* ont une action fictice distincte de la Publicienne.

(1) HEROD., II, 4, 6.
(2) Sauf la tutelle sur l'esclave affranchi (GAIUS, I, 167).
(3) LAB., ap. ULP., 53 ad Ed., D., XXXIX, 2, 15, 33.
(4) *Bonorum possessio cum re* (I, 530, 1), *bonorum emtio*, envoi en possession *ex secundo decreto* en cas de *damnum infectum*, autorisation d'emmener un esclave qui a commis un délit, lorsque le maître ne défend pas à l'action noxale; *sublucatio arborum;* adjudication dans un *judicium imperio continens*.
(5) Restitution d'un fidéicommis, opérée par un simple pacte en vertu du Trébellien; *addictio bonorum* autorisée par Marc-Aurèle (INST., III, 11).

§ 2. *Propriété des pérégrins.* — Anciennement, la propriété quiritaire ne pouvait appartenir qu'à un citoyen romain ou à un pérégrin gratifié du *commercium* (I, 707, 5). La règle subsiste avec d'importantes atténuations; il était impossible de ne pas se préoccuper des nombreux pérégrins soumis à la domination romaine. D'une part, on facilite leurs rapports avec les Romains en leur permettant de recourir aux modes d'acquérir du *jus gentium :* tradition, occupation (I, 247, 2), accession. D'autre part, on admet que leurs biens sont l'objet d'une propriété véritable (*dominium*), bien que distincte de la propriété quiritaire; on leur reconnaît le droit d'intenter, comme actions fictices, l'action *furti* et l'action de la loi Aquilia (1), et sans doute aussi la revendication dont la formule était modifiée en conséquence.

§ 3. *Propriété provinciale.* — Le droit classique a pareillement atténué les effets de la règle qui restreignait la notion de la propriété foncière aux terres comprises dans l'*ager romanus.* On étendit d'abord la règle à l'*ager italicus* qui jouit du privilège autrefois réservé à l'*ager romanus.* Puis on reconnut aux possesseurs des fonds provinciaux un droit qui, après avoir été considéré comme un droit sur la chose d'autrui, un usufruit, finit par constituer une propriété *sui generis,* la propriété provinciale.

La notion de la propriété provinciale s'est formée lentement. Elle se rattache à la distinction des fonds italiques et des fonds provinciaux qui n'est pas antérieure au dernier siècle de la République. Jusqu'au milieu du VIIe siècle, les terres italiques n'étaient pas toutes susceptibles de propriété quiritaire : il y en avait qui ne comportaient qu'une propriété de fait (2); d'autres sur lesquelles on n'avait qu'une possession révocable : c'étaient les dépendances de l'*ager publicus* occupées en vertu de la loi Licinia (I, 502, 1). A la longue, le droit du possesseur de l'*ager publicus* se transforma en une sorte de propriété de fait : révocable en théorie, il ne le fut guère en pratique. La loi agraire de 643 le consolida, en attribuant aux possesseurs la propriété quiritaire; elle en fit autant pour la plupart des terres qui jusqu'alors ne comportaient qu'une propriété de fait (3). S'inspirant des motifs d'ordre politique et économique qui avaient dicté la loi de 643, la jurisprudence étendit à toutes les terres italiques la règle consacrée par cette loi. Dès lors les *prædia in italico solo*

(1) GAIUS, II, 40; IV, 37.

(2) Tels sont, suivant certains auteurs, les *agri quæstorii* et les *agri adsignati.* Cf. BEAUDOUIN, *Limitation*, 107, 196; VOIGT, *Rg.* I, 378; KARLOWA, II, 17; 1275.

(3) Exception fut faite pour les *trientabula* et pour l'*ager viasiis vicanis datus adsignatus* (loi agraire de 643, l. 11-12).

devinrent des *res mancipi* comportant la propriété quiritaire (1).

Les fonds provinciaux diffèrent des fonds italiques à deux points de vue : d'abord ils sont soumis au payement d'un impôt appelé *stipendium* dans les provinces du sénat, *tributum* dans celles de l'empereur (2) ; puis ils ne comportent pas la propriété quiritaire. Ceux qui les possèdent n'en ont que la jouissance (3), à charge de payer à l'Etat une part de fruits. Leur droit est caractérisé par l'expression *habere possidere frui licere* (4). Il en fut ainsi, bien que cela ait été contesté (5), dès la conquête. Les jurisconsultes ont cherché plus tard à définir le rapport existant entre les possesseurs des fonds provinciaux et l'Etat qui perçoit la dîme : ils ont dit que l'Etat conservait la propriété, tandis que les habitants des provinces n'avaient que la possession et une sorte d'usufruit. En fait cependant et sauf l'obligation de payer le *vectigal*, ils avaient tous les avantages de la propriété. Leur droit différait de la propriété quiritaire en théorie et dans la forme plutôt qu'en pratique et dans le fond : les modes d'acquérir du droit civil ne s'appliquaient pas aux fonds provinciaux, mais on pouvait employer la tradition; on ne pouvait établir une servitude par mancipation ni par *in jure cessio*, mais on avait recours aux pactes et stipulations; le droit n'était pas sanctionné par la revendication, mais par une action spéciale (6).

Dans quelques cas exceptionnels, certains fonds provinciaux furent assimilés aux fonds italiques, grâce au *jus Italicum*. C'était un privilège concédé par les empereurs à des cités provinciales et presque toujours, sinon exclusivement, à des colonies. Il entraînait l'exemption de l'impôt foncier, et l'application des règles qui supposent la propriété quiritaire du sol (7). Les fonds de terre compris dans le territoire de ces cités devenaient

(1) On ne peut, dans l'état actuel de nos connaissances, définir l'époque où cette généralisation a été faite. Le point de départ de la distinction si tranchée entre les fonds italiques et les fonds provinciaux reste donc indécis. Il est en tout cas postérieur aux lois Julia et Plautia Papiria qui accordèrent aux Italiens le droit de cité : seuls, en effet, ceux qui jouissent du *commercium* sont capables d'être propriétaires quiritaires.

(2) Gaius, II, 21.

(3) Frontin, 36, 6 : *Possidere... illis quasi fructus tollendi causa concessum est.*

(4) C'est l'expression déjà usitée, sous la République, pour caractériser le droit des habitants des cités libres provinciales sur les terres qui leur avaient été concédées. Loi Antonia *de Termessibus*, 2, 31.

(5) Cf. Mommsen, VI, 2, 366; Voigt, *Rg.*, I, 437.

(6) Frontin., 2 de contr., 36, 8 : *Vindicant inter se non minus fines ex æquo ac si privatorum agrorum.*

(7) Ces deux points qui ont été établis par J. Godefroy (ad *Cod. Theod.*, XIV, 13) sont admis par tous les auteurs. La concession du *jus Italicum* entraînait-elle pour les habitants l'application du droit romain ? Cf. Edouard Cuq, *Rev. crit. d'hist.*, 1885, XX, 343.

res mancipi, susceptibles de mancipation et d'usucapion. Le nombre des colonies qui ont obtenu ce privilège est d'ailleurs très restreint : il ne paraît pas avoir dépassé une quarantaine (1).

La distinction des fonds italiques et des fonds provinciaux perdit une partie de son importance à la fin du IIIe siècle, lorsque Maximien soumit les fonds italiques au payement de l'impôt. Elle disparut lorsque Justinien supprima la division des *res mancipi* et *nec mancipi*, et avec elle les modes solennels d'acquérir la propriété, et fusionna l'usucapion avec la *præscriptio longi temporis*.

IV. SOUPLESSE DE LA THÉORIE DE LA PROPRIÉTÉ. — La constitution de la propriété présente, dans l'ancienne Rome, un caractère rigide : elle n'admet aucun tempérament. Le droit, à cette époque, répugne aux complications, aux restrictions : il est tout d'une pièce. Droit absolu, la propriété ne peut être suspendue par aucune modalité ; elle existe avec tous ses effets ou n'existe pas. Droit perpétuel, elle ne peut être établie *ad tempus :* elle ne comporte ni terme extinctif ni condition résolutoire. Droit exclusif, elle ne peut appartenir en même temps à deux personnes pour le tout. A tous ces points de vue, la jurisprudence classique a, dans une large mesure, assoupli la théorie antique et l'a conciliée avec les exigences d'une civilisation plus raffinée. La propriété se présente sous des aspects divers sans cesser d'être identique à elle-même, sans perdre son unité.

§ 1er. *Pleine propriété.* — Lorsque le propriétaire possède et que nul ne peut prétendre à un droit sur sa chose, il a la *pleine* propriété.

§ 2. *Nue propriété.* — S'il est privé temporairement de l'usage et de la jouissance au profit d'un usufruitier, on dit qu'il a une *nue* propriété (2). Son droit n'est pas modifié dans son essence (3) ; il est seulement paralysé dans son exercice ; il reprend toute son ampleur à l'extinction de l'usufruit (4).

§ 3. *Copropriété.* — Deux personnes ne peuvent être propriétaires pour le tout de la même chose : le caractère exclusif du droit de propriété ne le permet pas (5). Mais deux ou plusieurs personnes peuvent avoir la *copropriété* d'une même chose, en vertu soit d'un contrat de société, soit d'un acte juridique qui n'a rien de contractuel (succession, legs), soit même d'un fait

(1) PLIN., III, 3, 25; 21, 139; CELS., 25 Dig., D., L, 15, 6; GAIUS, 6 ad l. Jul., *eod.*, 7 ; PAUL, 2 de cens., *eod.*, 8 ; ULP., *eod.*, 1. Cf. BEAUDOUIN, *Limitation*, p. 113.
(2) GAIUS, II, 30.
(3) JUL., ap. PAUL, 21 ad Ed., D., L, 16, 25 pr.
(4) *Plena proprietas* (PAP., 17 Quæst., D., VII, 4, 2 pr.); *plenum dominium* (MOD., 10 Resp., D., XXXIV, 1, 4 pr.).
(5) CELS., ap. ULP., 28 ad Ed., D., XIII, 6, 5, 15.

accidentel, comme le mélange de deux quantités de blé appartenant à deux propriétaires différents (p. 228) (1).

Le droit de chacun des copropriétaires n'est pas différent de celui qui appartiendrait à un propriétaire unique, mais il est limité dans son étendue par le droit égal des autres copropriétaires (2). Chacun d'eux n'a qu'une part idéale du droit de propriété. De là, il résulte : *a*) Que si, pour une cause quelconque, l'un des copropriétaires ne peut faire valoir son droit, le droit de l'autre s'exerce dans sa plénitude (3). Il en sera de même, à plus forte raison, si le droit du premier vient à s'éteindre. *b*) Lorsque l'un des copropriétaires veut faire un acte dont les effets sont divisibles, s'il veut agir en justice, aliéner, hypothéquer sa quote-part, la grever d'un usufruit, il peut agir isolément, sans le concours des autres copropriétaires. Il en serait autrement s'il s'agissait d'établir une servitude prédiale au profit ou à la charge du fonds commun : la servitude prédiale est indivisible. *c*) Lorsque la chose commune a besoin de réparations, chacun des copropriétaires a le droit de faire le nécessaire, et comme il agit dans l'intérêt de tous, il est autorisé à se faire indemniser des avances qu'il a faites, proportionnellement à la part de chacun (p. 321, 3). *d*) L'un des copropriétaires ne peut pas faire de changement à la chose commune sans l'assentiment des autres : il suffit de l'opposition d'un seul pour maintenir le *statu quo*. Si en fait le changement a eu lieu, les copropriétaires ne peuvent demander le rétablissement de l'état antérieur que si tel est l'intérêt de la communauté (4). *e*) Si la chose commune produit des fruits, chaque copropriétaire a le droit d'en réclamer

(1) Il ne faut pas confondre la copropriété avec la propriété collective : la copropriété est une propriété individuelle, donc exclusive et aliénable. La propriété collective est inaliénable; les actes de disposition qu'elle comporte n'ont trait qu'au mode d'exploitation ou de jouissance de la chose, à la répartition des fruits (I, 75).

(2) Divers textes ont donné à penser que la limitation porte sur la chose commune. Q. Mucius (ap. Paul, D., L, 16, 25, 1) parle de part indivise d'une chose; Pomponius (ap. Paul, 12 ad Ed., D., VI, 1, 8) autorise l'un des copropriétaires à revendiquer cette part. On en a conclu que chacune des molécules de l'objet corporel était divisée entre les copropriétaires; bien entendu, ce serait une division purement intellectuelle. Cette conclusion est de nature à inspirer des doutes sur l'exactitude du principe invoqué : on ne conçoit pas qu'une chose corporelle ne soit pas divisée matériellement. Celsus (*l. c.*) exprime une idée plus saine en affirmant que le droit de chacun des copropriétaires porte sur la chose tout entière, mais qu'il est limité dans son étendue : *Nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere.* Cf. Pap., 17 Quæst., D., XXXI, 66, 2 : ... *Plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis obtinent.* La conception différente de Q. Mucius et de Pomponius s'explique par la confusion du droit avec son objet.

(3) Jul., 52 Dig., D., XLV, 3, 1, 4 *in fine.*

(4) Sab., ap. Pap., 7 Quæst., D., X, 3, 28; Paul, 15 ad Sab., D., VIII, 2, 26.

une quote-part. La chose est ordinairement administrée en commun pour le compte de tous (1).

§ 4. *Propriété conditionnelle.* — Le transfert de propriété par voie de tradition peut être affecté d'une modalité. Mais le droit classique n'a pas cru pouvoir laisser toute latitude à la volonté des parties : il admet les modalités suspensives ; il exclut les modalités extinctives.

1° *Modalités suspensives.* — La propriété peut être transférée à partir d'une époque déterminée (*ex die*). Le terme produit ici un effet plus radical qu'en matière de contrat : il suspend l'acquisition du droit (2). C'est la conséquence du principe que deux personnes ne peuvent pas en même temps être propriétaires pour le tout de la même chose.

La condition suspensive (*conditio ex qua*) produit un effet analogue (3), mais sa réalisation est incertaine et dépend du hasard. Elle fait naître au profit de l'acquéreur une *spes acquirendi dominii* qu'il ne dépend pas de l'aliénateur de lui enlever. De là deux conséquences : 1° L'aliénateur ne peut plus disposer de sa chose au préjudice de l'acquéreur. S'il s'agit d'un acte irrévocable (affranchissement, *locus religiosus*) (4), cet acte sera nul *ab initio;* sinon, l'acte ne conférera qu'un droit soumis à la même restriction que celui de l'aliénateur : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* (5). Si l'aliénateur a consenti une hypothèque, elle ne sera pas opposable à l'acquéreur. — 2° La mort de l'aliénateur, survenue avant l'accomplissement de la condition, n'empêche pas le transfert de la propriété après la réalisation de la condition (6). Le droit du *tradens* n'est plus

(1) Parfois les communistes convenaient de jouir de la chose, chacun à son tour pendant un an (Afric., 8 Quæst., D., XIX, 2, 35, 1; Ulp., D., X, 3, 23).

(2) Pomp. ap. Ulp., 51 ad Ed., D., VII, 9, 9, 2.

(3) Si la condition empêche le transfert de la propriété, elle ne fait pas obstacle au transfert de la possession. On pourrait en douter parce que d'ordinaire le transfert de la propriété est la conséquence du transfert de la possession. Mais ce n'est pas une conséquence forcée : tout dépend de la volonté des parties. Cf. Bufnoir, *Théorie de la condition*, 390 ; Glasson, *Etude sur les donations à cause de mort*, 121.

(4) Gaius, D., XL, 9, 29, 1 ; Paul, 64 ad Ed., D., XL, 1, 11 ; XI, 7, 34.

(5) La règle est exprimée pour le legs conditionnel. Ulp., 19 ad Ed., D., X, 2, 12, 2 : *Res, quæ sub conditione legata est, interim heredum est; et... adjudicari potest, cum sua scilicet causa, ut existente conditione eximatur ab eo, cui adjudicata est, aut deficiente conditione ad eos revertatur a quibus relicta est.* Applications dans Ulp., 4 ad Sab., D., XL, 7, 2 pr. ; Marc., D., XX, 1, 13, 1.

(6) Jul., 60 Dig., D., XXXIX, 5, 2, 5. On a prétendu qu'il y avait eu sur ce point des divergences. Mais le texte cité d'Ulpien (31 ad Sab., D., XXIII, 3, 9, 1) a été interpolé : la phrase qui le termine est en contradiction avec le commencement. On l'a ajoutée pour appliquer à la tradition ce qu'Ulpien disait de la mancipation faite sous la condition tacite d'un mariage subséquent. Or on conçoit qu'on ait été plus rigoureux pour un acte qui ne comporte pas de condition expresse, et

entier : l'héritier doit subir les conséquences de l'acte accompli par son auteur. Certains auteurs expliquent ce double résultat par l'idée de rétroactivité (1); mais cette idée ne paraît pas conforme aux textes (2) et conduirait à des conséquences qu'ils excluent (3).

2° *Modalités extinctives.* — La propriété ne peut être transférée pour un temps limité (*ad diem*) : droit perpétuel de sa nature, elle ne comporte pas un terme extinctif. La tradition affectée d'un pareil terme est nulle (4). On peut simplement s'obliger à retransférer la propriété à l'échéance du terme (5). Il en fut de même pendant longtemps de la condition résolutoire (*conditio ad quam*), mais ici l'acte affecté d'une pareille condition se décompose en deux : un acte principal pur et simple; un acte accessoire destiné à mettre à néant, éventuellement, le précédent. L'acte principal, qui tend au transfert de la propriété, est efficace; mais l'acte accessoire ne produit, d'après les principes généraux, qu'une obligation personnelle (6).

Au cours du IIe siècle, une doctrine moins rigoureuse se fit jour : on admit, dans un petit nombre de cas, la validité du transfert de la propriété sous condition résolutoire en lui attribuant un effet réel (7). A l'arrivée de la condition, la propriété revient de plein droit à l'aliénateur; il a, pour réclamer sa chose, l'action en revendication.

§ 5. *Propriété en suspens.* — Le droit classique a été plus loin

qu'on ait exigé la persistance des éléments requis pour la formation de la mancipation. Cf. Bufnoir, 403.

(1) On invoque ordinairement Pomp. (6 ex Plaut., D., XII, 1, 8), qui assimile le *mutuum* conditionnel et le prêt de deniers légués consenti par l'héritier avant l'acceptation du légataire. Or, dans ce dernier cas, la renonciation du légataire valide rétroactivement le legs. Donc, dit-on, il doit en être de même dans le premier. Cette conclusion n'est pas fondée. L'assimilation entre les deux cas n'est pas absolue : le *mutuum* conditionnel n'est parfait qu'à l'événement de la condition ; si donc l'argent prêté périt fortuitement, les risques seront pour le prêteur ; il en est autrement du prêt consenti par l'héritier : ce prêt, en cas de répudiation du légataire, sera tenu pour valable *ab initio*. La seule analogie qui existe entre les deux cas, c'est que la confirmation du prêt dépend d'un événement incertain.

(2) Jul., *loc. cit. : Ut tunc demum mea fieret cum Seius consul factus esset;* Ulp., 32 ad Sab., D., XXIV, 1, 11 pr.

(3) Nullité de l'aliénation faite par l'acquéreur conditionnel (Ulp., *eod.*, 11, 9). Maintien des actes par lesquels l'aliénateur a acquis un droit réel au profit de la chose (Jul., 35 Dig., D., VII, 4, 17; Marcel., 4 Dig., D., VIII, 6, 11, 1).

(4) Diocl., *Vat. fr.*, 283.

(5) Alex., C., IV, 54, 2.

(6) Ces principes apparaissent dans l'aliénation fiduciaire : l'aliénateur n'a pour recouvrer sa chose que l'action *fiduciæ directa*. Certes il eût été désirable que la propriété pût revenir de plein droit à l'aliénateur; les Romains l'avaient si bien senti qu'ils cherchèrent un palliatif dans l'*usureceptio fiduciæ* (I, 645, 2-4).

(7) Cet effet a été contesté. La question sera examinée à propos de la vente sous condition résolutoire.

encore : il admet que la question de savoir qui est propriétaire peut dépendre d'un événement fortuit qui n'est ni un terme ni une condition. Régulièrement, tout acte juridique qui ne peut produire son effet dès le moment de sa conclusion est nul : c'est l'application du principe de la simultanéité des effets des actes juridiques (1). La jurisprudence écarte ici ce principe en disant que le rapport de droit est en suspens. Grâce à cette construction, l'acte ne peut, dès à présent, être déclaré nul ; mais lorsque l'élément qui manquait pour son efficacité existera, l'acte sera réputé avoir été parfait dès le jour où il a été conclu : le principe de la simultanéité sera sauf.

Cette conception d'une propriété en suspens a été proposée par Julien (2). Elle a été appliquée : 1° au cas d'un objet légué *per vindicationem*, pendant l'intervalle compris entre l'adition et le moment où le légataire prend parti (3) ; 2° au croît d'un troupeau grevé d'un usufruit, jusqu'à l'époque où l'usufruitier remplace les animaux qui ont péri (4) ; 3° au cas de l'esclave acheté par un *servus fructuarius*, jusqu'à ce qu'on sache si le prix est payé ou non sur le pécule constitué par l'usufruitier (5). Dans tous ces cas, on ignore quel sera le titulaire du droit de propriété. Sera-ce l'héritier ou le légataire, le nu propriétaire ou l'usufruitier ? L'incertitude cessera le jour où le légataire prendra parti, où l'usufruitier remplacera les animaux qui ont péri, ou fournira l'argent pour payer le prix d'achat.

(1) Ce principe est appliqué par le droit classique à la mancipation et à l'*in jure cessio* (Pap., 28 Quæst., D., L, 17, 77), à l'acceptilation (Ulp., 50 ad Sab., D., XLVI, 4, 13, 9), à la *litis contestatio* (Jav., 10 *Ep.*, D., V, 1, 35), à la stipulation d'usufruit par l'esclave d'une hérédité jacente (Paul, *Vat. fr.*, 55). Le droit ancien excluait, d'une manière absolue, toute séparation par un trait de temps, de la cause et des effets de l'acte juridique. Une seule exception était admise pour les dispositions de dernière volonté. Cf. Jhering, IV, 170.

(2) La doctrine des rapports de droit en suspens avait été appliquée par son maître Javolenus à la délégation *dotis causa* (D., XXIII, 3, 80).

(3) Jul., 34 Dig., D., XXX, 86, 2. Intérêt pratique : l'esclave légué *p. v.* peut acquérir entre vifs, être institué héritier ou gratifié d'un legs. D'après les Proculiens (Gaius, II, 195), il serait incapable, parce que sans maître. Les Sabiniens n'écartaient ce résultat qu'en attribuant au légataire une propriété résoluble, ce qui était contraire aux principes généraux. La solution de Julien a le mérite de concilier les besoins de la pratique avec les principes.

(4) Jul., ap. Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 1, 70, 1 : *Pendere eorum dominium ut, si summittantur sint proprietarii, si non summittantur, fructuarii.* Pomponius (5 ad Sab., *eod.*, 69) n'était pas de cet avis : d'après lui, les animaux appartiennent à l'usufruitier dès leur naissance, mais ils cessent d'être sa propriété s'il les emploie à remplacer ceux qui ont péri. Cette solution est doublement critiquable : d'abord parce qu'elle attribue le caractère de fruits à des animaux qui ne resteront peut-être pas à l'usufruitier ; puis parce qu'elle aboutit à une propriété résoluble de plein droit.

(5) Gaius, 7 ad Ed. prov., D., XLI, 1, 43, 2.

On voit maintenant en quoi les rapports de droit en suspens se rapprochent ou diffèrent des rapports conditionnels : au fond ce sont des rapports de même nature, mais dans les premiers l'incertitude porte sur la personne du titulaire; dans les seconds, sur l'acquisition de la propriété. Dans les premiers, l'incertitude est moindre : il n'y a d'hésitation qu'entre deux personnes, mais l'une d'elles aura sûrement la propriété. Dans les seconds, l'incertitude est absolue : on ignore si jamais la propriété sera acquise. Un pareil état est peu pratique ; la jurisprudence jugea nécessaire de le restreindre et, dans certains cas, de le supprimer. Elle l'a restreint dans la condition suspensive en maintenant le *statu quo* jusqu'à l'événement de la condition : l'aliénateur reste propriétaire, mais cesse de l'être si la condition se réalise. Elle le supprime dans la condition résolutoire : l'acquéreur devient immédiatement propriétaire, mais il sera tenu de restituer si la condition se réalise.

CHAPITRE III

La possession.

I. Notion de la possession. — On considère généralement la possession comme un état de fait qui suppose la réunion de deux conditions : le *corpus,* c'est-à-dire le fait d'avoir une chose à sa disposition ; l'*animus,* c'est-à-dire la volonté de se comporter vis-à-vis de cette chose comme un maître. La possession ressemble donc extérieurement à la propriété : elle en diffère en ce qu'elle ne se manifeste que par des actes matériels d'usage, de jouissance ou de transformation. Le propriétaire seul peut conclure valablement des actes juridiques, parce qu'il a un droit reconnu et garanti par la loi.

Cette notion de la possession apparaît, au Ier siècle de l'Empire (1). Elle est même plus générale ; elle ne s'applique pas seulement aux choses corporelles mobilières ou immobilières, mais aussi aux choses incorporelles, aux servitudes et à l'état des personnes. Celui qui se comporte comme un usufruitier,

(1) Elle est étrangère à Ofilius, et même à Nerva le fils qui fut consul sous Caligula. L'un et l'autre admettent (ap. Paul, 54 ad Ed., D., XLI, 2, 1, 3) qu'un pupille peut, quel que soit son âge, acquérir seul la possession. Il est évident qu'ils n'exigent pas l'*animus.* Aussi Paul a-t-il soin d'ajouter : *quæ sententia recipi potest, si ejus ætatis sint ut intellectum capiant.* Cette réserve est la conséquence de la conception nouvelle de la possession.

comme un homme libre, un citoyen romain, un ingénu ou un affranchi, a la possession de l'usufruit (1), ou la possession d'état de la liberté, de la cité (2), de l'ingénuité ou de la libertinité (3).

La possession a une importance pratique considérable, soit en matière de procédure, parce qu'elle donne droit aux interdits possessoires et que dans une action en revendication elle dispense le défendeur de prouver son droit; soit pour l'acquisition de la propriété : c'est l'une des conditions requises pour l'usucapion, l'occupation, la tradition. Neratius va même jusqu'à dire que la propriété a commencé par la possession. Faut-il en conclure que la notion de la possession remonte à l'origine de Rome? A parler exactement, on ne peut pas dire que cette notion ait existé avant le jour où la possession a été séparée de la propriété, où le possesseur a été reconnu et protégé comme tel. Comment s'est opérée cette séparation? Comment a-t-on eu la pensée de protéger le possesseur?

Ce sont là deux questions différentes : elles ont été résolues successivement et dans l'ordre inverse où elles viennent d'être indiquées. Cicéron affirme que l'interdit *unde vi* existait *apud majores;* tandis que la distinction des *genera possessionum* est attribuée à son contemporain Q. Mucius (4), celle des *causæ adquirendi* est postérieure à ce jurisconsulte. Les Romains ont commencé par protéger la possession sans se préoccuper de ses

(1) Jul., 7 Dig., D., VII, 6, 3.

(2) Pomp., 9 ad Q. Muc., D., XL, 12, 28. Édit de Claude : *C. I. L.*, V, 5050, l. 25.

(3) Ulp., 2 de off. cons., D., XXII, 3, 14. Sous la République, la possession n'a pas une portée aussi large : restreinte aux choses corporelles, on ne la conçoit pas encore sous la forme abstraite d'un pouvoir analogue à la propriété. Avant de s'élever à l'idée de *la possession*, les Romains ont connu *les possessions*. Dans son acception première, le mot possession s'applique uniquement aux fonds de terre, et spécialement aux terres de l'*ager publicus* occupées par les particuliers à charge de les cultiver et moyennant une redevance payée au Trésor (Fest., v° *Possessiones*. Liv., III, 53, 6. Loi agraire de 643). Bien que l'Etat reste propriétaire, en fait il n'use pas de son droit; les possesseurs agissent comme si le champ leur appartenait (Cic., *De leg. agr.*, III, 2 : *aliquam similitudinem propriæ possessionis*). *Possessio*, dit Labéon (ap. Paul, *loc. cit.*), vient de *sedes ;* c'est donc le fait de s'asseoir, de se fixer quelque part, ce qui ne peut s'entendre que d'un immeuble. Cicéron (*Phil.*, III, 11) emploie *possessio* dans un sens analogue, bien que métaphorique : *In possessionem libertatis pedem ponimus*. L'emploi du mot possession a été généralisé : on l'a étendu aux terres susceptibles d'appartenir en propriété à un citoyen (Æl. Gall., ap. Fest., v° *Possessio;* cf. Cic., *P. Cæc.*, 32), puis aux maisons et aux objets mobiliers (Lab., ap. Jav., 5 Post., *h. t.*, 51). L'application du mot possession aux *res privatæ* ne fut pas une simple affaire de langage ; elle a coïncidé avec la création suivant les uns, avec l'extension suivant les autres, des interdits possessoires.

(4) Cic., *P. Tull.;* Paul, *h. t.*, 3, 23.

rapports avec la propriété; ils ont ensuite recherché les analogies qui existent entre la possession et la propriété. On ne saurait être surpris qu'il n'y ait pas une harmonie parfaite entre les solutions données aux deux questions. On ne saurait non plus affirmer, comme on le fait souvent, que les Romains ont protégé la possession pour protéger plus efficacement la propriété.

II. Analogie entre la possession et la propriété. — 1° La possession est un *élément du patrimoine.* C'est au dernier siècle de la République que la jurisprudence commence à se préoccuper de l'analogie qui existe entre la possession et la propriété. Elle cherche d'abord à définir les cas où on peut la traiter comme un élément du patrimoine. Lorsqu'une personne a une chose entre les mains sans qu'elle puisse affirmer qu'elle en est propriétaire, doit-on compter cette chose dans ses biens? En cas de *bonorum venditio,* les créanciers sont intéressés à le savoir (1). La question se posa à une époque où la vente, le louage, etc., étaient récemment entrés dans le domaine du droit : on la résolut d'après la cause de la possession. La possession fut considérée comme un élément du patrimoine toutes les fois qu'elle était fondée sur une *causa adquirendi ejus quod nostrum non fit* (2), pourvu que cette cause ne fût pas réprouvée par la loi. Telles furent les possessions *pro emtore*, *pro donato, pro dote*, *pro legato, pro herede*, *pro noxæ dedito*.

C'était là une façon nouvelle d'envisager la possession : elle était étrangère à Q. Mucius. Paul en fait la remarque : il reproche à ce jurisconsulte d'avoir considéré comme un possesseur celui qui n'était à ses yeux qu'un simple détenteur (3). Mais l'opinion de Q. Mucius se justifiait au point de vue spécial où il avait classé les possesseurs : pour déterminer ceux qui méritaient d'être protégés par le Préteur (4), il avait distingué les possessions (*genera possessionum*) suivant qu'elles étaient ou non fon-

(1) Au début de son commentaire de l'édit *ex quibus causis in possessionem eatur* (59 ad Ed., D., L, 16, 49), Ulpien définit les *bona*, puis donne l'énumération des cas où une chose, sans être notre propriété, est cependant *in bonis.*

(2) Paul, *loc. cit.*, 3, 21.

(3) *Ibid.*, 3, 23 : *Quod Q. Mucius inter genera possessionum posuit... ineptissimum est.* Cf. nos *Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'Empire*, p. 42 (*Nouv. Rev. hist.*, 1894).

(4) Cicéron (*De lege agr.*, III, 3) reproche à Rullus de proposer une loi qui confirme toutes les possessions de terres postérieures au consulat de Marius et Carbo, les transforme en propriétés privées sans exclure ceux qui possèdent *vi, clam* ou *precario.* Il conclut : *Ergo hac lege jus civile, causæ possessionum, prætorum interdicta tollentur.* L'exception *vitiosæ possessionis* était admise dans les interdits *uti possidetis, utrubi, unde vi*, mais non dans l'interdit *de vi armata* (Gaius, IV, 154, 155).

dées sur un titre régulier, tel qu'un décret du magistrat ou une convention conclue avec le propriétaire. A cet égard, il était exact de considérer comme ayant une *justa possessio* celui qui avait obtenu du Préteur un envoi en possession à titre conservatoire, un créancier gagiste ou un précariste (1). Il en fut tout autrement lorsqu'on envisagea la possession comme un élément du patrimoine : on refusa la qualité de possesseur à l'envoyé en possession à titre conservatoire, au créancier gagiste, au précariste, à l'usufruitier (2).

Pour attribuer cette valeur à la cause de la possession, il fallut rendre cette cause indépendante de la volonté du possesseur. Tel fut sans doute le but de la règle posée par les *Veteres :* nul ne peut changer lui-même la cause de sa possession (3). Alors que la possession n'était pas encore distinguée de la propriété (4), c'est à la *causa adquirendi* qu'on s'attachait pour savoir si la possession comptait dans les biens du débiteur (5).

2° La possession est un *pouvoir* analogue à celui d'un propriétaire.

Au premier siècle de l'Empire, la jurisprudence découvrit une seconde analogie entre la possession et la propriété : la possession implique en certains cas un pouvoir analogue à celui d'un propriétaire (6). Ceux-là seuls sont vraiment possesseurs qui, en

(1) Q. Muc., ap. Paul, 3, 23; Paul, 65 ad Ed., *eod.*, 11; Gaius, 7 ad ed. prov., D., VI, 2, 13, 1. A la fin de la République, on discuta la question de savoir si deux personnes peuvent posséder en même temps la même chose, l'une *juste*, l'autre *injuste*. Trebatius pense que ces deux possessions ne s'excluent pas. Labéon critique son maître *quoniam in summa possessionis non multum interest juste quis an injuste possideat* (ap. Paul, 3, 5). Sabinus va plus loin que Trebatius : il admet la possession simultanée du bailleur à précaire et du précariste.

(2) Cic., *P. Caec.*, 32. Cf. nos *Recherches*, p. 39. Gaius (*loc. cit.*) distingue les *justæ causæ adquirendarum rerum* et les *justæ possessiones*. Son observation, qui tend à expliquer pourquoi la Publicienne est refusée au *justus possessor*, fait ressortir le changement survenu dans la conception de la possession.

(3) Ap. Paul, *loc. cit.*, 3, 19.

(4) Voir les preuves dans nos *Recherches*, p. 39-41.

(5) On ne peut objecter que la règle concerne la possession et non la détention : à l'époque où la règle fut établie, les *Veteres* donnaient au mot *possessio* un sens large comprenant même les cas de simple détention (p. 244, 1). C'est au cours du VIIe siècle que la notion de la possession a été modifiée.

(6) C'est en recherchant contre quelles personnes se donne la revendication qu'on aperçut cette nouvelle ressemblance. La revendication, dit Pegasus (ap. Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 1, 9), peut être exercée contre ceux qui ont une possession susceptible de donner lieu aux interdits *uti possidetis* ou *utrubi*. Or la revendication suppose un conflit entre deux personnes dont l'une affirme qu'elle a un pouvoir de maître sur la chose, tandis que l'autre le lui conteste. Il doit en être de même dans les interdits et d'une façon plus nette encore, car ils sont restés doubles à l'époque classique, comme l'était la revendication au temps des actions de la loi. On sait d'ailleurs que, pour l'*uti possidetis*, ce conflit de pouvoirs donne lieu à un combat simulé (Cic., *P. Cæc.*, 7).

cas de procès, sont en mesure de contester à leur adversaire le pouvoir de maître qu'il prétend avoir sur la chose. Les interdits *uti possidetis* et *utrubi* ressemblent à cet égard à la revendication. Bien différente est la situation de ceux qui sont seulement *in possessione,* tels que le dépositaire, le commodataire, le locataire, l'envoyé en possession à titre conservatoire. Contre eux la revendication n'est pas possible; leur situation ne leur permet pas de contester le pouvoir de maître du déposant, prêteur, locateur, etc.

La distinction, établie par Pegasus (1), entre ceux qui possèdent et ceux qui sont *in possessione*, a été critiquée sur un point par Ulpien (2), mais accueillie par les jurisconsultes postérieurs; elle est restée vraie dans le dernier état du droit (3). Elle correspond à la distinction faite par le droit moderne entre la possession et la détention, mais elle n'a pas la netteté qu'elle a de nos jours : les Romains n'en ont pas déduit toutes les conséquences qu'elle comporte. C'est là un fait qu'il ne faut pas perdre de vue : une partie des difficultés que présente la théorie de la possession vient de ce qu'on n'en a pas tenu compte.

3° De la conception nouvelle de la possession, la jurisprudence a déduit plusieurs *conséquences* qui ont accentué l'analogie entre le pouvoir de fait résultant de la possession et le pouvoir de droit conféré par la propriété : *a*) Les choses incorporelles et les choses hors du commerce ne sont susceptibles ni de propriété, ni de possession (4). *b*) Les personnes *alieni juris,* qui en principe sont incapables d'être propriétaires, ne peuvent non plus avoir la possession (5). *c*) Bien que la possession soit un pouvoir de fait, elle ne se perd pas, par cela seul que le possesseur devient incapable de l'exercer, en cas de folie,

(1) Dès le temps de Cicéron, les Romains ont eu conscience, dans un cas spécial, de la différence qui sépare le détenteur du possesseur : ils distinguent le possesseur d'un champ de celui qui est *in fundo,* c'est-à-dire du colon.

(2) Ulpien (*loc. cit.*) étend à la revendication la règle formulée par Celsus (ap. Ulp., D., X, 4, 5 pr.) pour l'action *ad exhibendum :* il accorde la revendication contre tous ceux qui détiennent la chose et ont la faculté de restituer. Cette opinion a été, au Bas-Empire, adoptée avec une modification par Constantin.

(3) Pomp., ap. Ulp., 69 ad Ed., XLI, 2, 10, 1 : *Aliud est possidere longe, aliud in possessione esse.* Paul (*eod.*, 1, 3) refuse la qualité de possesseurs à ceux qui *affectionem tenendi non habent,* au mandataire qui *non habet animum possidentis* (*eod.*, 1, 20). Au IVe siècle, Constantin distingue celui qui possède au nom d'autrui et le *dominus possessionis* (C., III, 19, 2).

(4) Paul, *eod.*, 3 pr.; 15 ad Sab., *eod.*, 30, 1.

(5) Pap., 2 Defin., *eod.*, 49, 1. Dès que leur incapacité cesse, même à leur insu, elles peuvent posséder (Pap., 23 Quæst., D., XLI, 3, 44, 4).

par exemple (1). *d*) Les personnes de confiance qui ont en main la chose d'autrui (mandataires, dépositaires, commodataires), celles qui ne sont pas en état d'avoir une habitation ou une terre qui leur appartienne (locataires, fermiers ou colons), ne peuvent prétendre à la possession de la chose qu'ils ont reçue. *e*) Beaucoup d'auteurs pensent que l'analogie entre la possession et la propriété entraîne une autre conséquence : le possesseur aurait droit aux interdits à l'exclusion du détenteur. Il est vrai que tout possesseur, en cette seule qualité, a droit aux interdits (2), mais la réciproque n'est pas exacte : il y a des non-possesseurs qui sont protégés par les interdits possessoires (3). On a fait de vains efforts pour justifier rationnellement ces anomalies (4). Elles s'expliquent, à notre avis, historiquement : les interdits possessoires ont été établis et promis à certaines personnes longtemps avant que la distinction de la possession et de la détention ait été formulée par la jurisprudence.

4° L'analogie entre la possession et la propriété a ses *limites* qui résultent de ce que la possession n'est qu'un pouvoir de fait. *a*) Une personne capable en droit, incapable de fait, telle qu'un enfant ou un fou, peut être propriétaire; elle ne saurait acquérir la possession (p. 213). *b*) A l'inverse, un voleur, celui qui s'est emparé d'une chose par violence, ne sauraient acquérir la propriété de la chose volée ou usurpée; ils en ont la possession. Le conjoint donataire possède, bien qu'il ne puisse acquérir la

(1) Proc., 5 *Ep.*, D., XLI, 2, 27.

(2) Paul, 65 ad Ed., D., XLIII, 17, 2 : *Qualiscumque... possessor hoc ipso quod possessor est plus juris habet, quam ille qui non possidet.*

(3) Créancier gagiste, précariste. Le fermier des terres publiques est protégé par l'interdit *de loco publico fruendo* (Ulp., D., XLIII, 9, 1 pr.). On a prétendu que cet interdit était donné aux fermiers de l'impôt dû par ceux qui jouissent de parcelles du domaine public. Ainsi entendu, cet interdit n'a plus de sens (cf. Gluck-Ubbelohde, s. 43-44, 4e p., 284). Il ne faut pas oublier qu'il protège une personne qui est empêchée de jouir *ex lege locationis*. Or, était-il besoin d'un interdit pour permettre aux publicains d'encaisser l'impôt? Le Préteur a-t-il voulu leur permettre d'agir par violence? Cela n'est pas admissible. Mais, dit-on, l'interdit facilitera aux publicains l'exercice de la *pignoris capio*. Si cela était vrai, il n'aurait pas survécu à la procédure des actions de la loi (Gaius, IV, 32), car la *pignoris capio* est remplacée par une action fictice, et l'on ne conçoit plus un empêchement à l'exercice de cette action. Tout au contraire, la création d'un interdit en faveur des fermiers des terres publiques avait sa raison d'être : en leur assurant une situation à part, supérieure à celle des fermiers ordinaires, l'Etat trouva plus facilement à louer ses terres; la jurisprudence jugea équitable d'étendre aux cités le bénéfice de cet interdit (Sab., Lab., ap. Ulp., D., XLIII, 14, 1, 7).

(4) Voir la théorie de la possession dérivée proposée par Savigny, en 1803 (*Das Recht des Besitzes*, p. 119). M. Vermond (*Théorie générale de la possession*, 1895), qui défend les jurisconsultes classiques contre le reproche d'incohérence (p. 5), est « obligé de reconnaître (p. 324) que l'on est en présence de solutions contradictoires ».

propriété (1). *c*) La possession, étant un pouvoir de fait, ne se transmet pas aux héritiers comme la propriété : on exige de l'héritier un acte d'appréhension (2). En cela elle diffère des autres éléments du patrimoine.

III. Distinction de la possession et de la détention. — La possession exige pour son existence un élément matériel (*corpus*) et un élément intentionnel (*animus*). Sur ce point tout le monde est d'accord; il n'en est plus de même dès qu'il s'agit de définir le *corpus* ou l'*animus*.

Le *corpus* a été entendu par les interprètes de trois façons différentes : *a*) Suivant les glossateurs, le *corpus* implique une mainmise sur la chose, une prise de possession matérielle. *b*) D'après Savigny, la prise de possession n'est pas indispensable; il suffit qu'on ait la possibilité de la réaliser, par exemple si l'objet est en la présence du possesseur ou sous sa garde. *c*) Suivant Jhering, le *corpus* consiste dans le fait de se conduire vis-à-vis de la chose comme le ferait un propriétaire. Ce n'est pas un fait précis et déterminé : il dépend de la nature de la chose, des usages sociaux. Chacune de ces façons d'entendre le *corpus* paraît correspondre à une phase différente de l'évolution de la doctrine en matière de possession. La première est la conception matérialiste; la deuxième a déjà un caractère plus idéal; la troisième est complètement dégagée du matérialisme du droit ancien pour tenir compte des exigences de la vie sociale : c'est ainsi que la possession des *saltus hiberni æstivique* ne dépend pas de la possibilité de pénétrer dans le fonds, mais des usages de la propriété.

Quant à l'*animus*, la question est plus délicate encore et non moins controversée. Suivant une opinion naguère dominante, l'*animus* consisterait dans l'intention juridiquement manifestée de se conduire en propriétaire et de prétendre à la propriété. C'est ce qu'on a appelé l'*animus domini*, bien que l'expression ne se trouve dans aucun texte : Jhering a combattu cette opinion. Il a établi 1° que la possession ne dépend pas, d'une façon exclusive, de la volonté du possesseur jointe à l'état de fait appelé *corpus* (3); 2° que la preuve directe de l'*animus domini* ne peut

(1) Ulp., 69 ad Ed., XLIII, 16, 1, 10; Paul, 65 ad Ed., D., XLIII, 17, 2.
(2) Jav., 1 *Ep.*, D., XLI, 2, 23 pr.
(3) Il y a des cas où la possession existe sans *animus domini* : 1° le fils de famille qui, devenu *sui juris* à son insu par la mort de son père, achète un objet qui n'appartenait pas au vendeur, commence à usucaper bien qu'il n'ait pu avoir de prétention à la propriété et que tout au contraire il ait entendu posséder pour son père (Pap., 23 Quaest., D., XLI, 3, 44, 4); 2° la possession, lorsqu'elle est séparée de la propriété, est acquise au propriétaire dès l'instant où la chose tombe entre ses

être faite : on peut seulement prouver la cause de la possession lorsque l'acquisition résulte d'une tradition et qu'il s'agit d'un immeuble. En matière mobilière, la preuve est extrêmement difficile, et, en cas d'occupation, la preuve ne serait guère possible que pour les voleurs et les usurpateurs; 3° que l'*animus* n'est pas un élément particulier à la possession : il se retrouve dans toute détention. La détention exige la volonté d'avoir la chose à soi; elle ne résulte pas du simple contact avec la chose. Un fou, un enfant, une personne endormie peuvent être en contact matériel avec une chose : ils ne la détiennent pas (1). L'*animus* et le *corpus* ne sont pas deux éléments distincts; l'*animus* est inséparable du *corpus* (2).

Si Jhering s'en était tenu là, il aurait rencontré une adhésion unanime; mais il en est arrivé à dire qu'il n'y a pas de différence de principe entre la possession et la détention. C'est une exagération manifeste. S'il est vrai que la détention implique un élément intentionnel comme la possession, il ne s'ensuit pas que l'*animus* du détenteur se confonde avec celui du possesseur. Les textes prouvent qu'il y a un *animus* spécial à la détention qui ne compte pas pour la possession, et que, dans certains cas, l'*animus* du détenteur se transforme en l'*animus* nécessaire pour acquérir la possession (3). Il faut donc maintenir la distinction théorique de la possession et de la détention.

Le possesseur est celui qui apparaît comme le maître de fait de la chose et qui a la volonté de l'être (4). Celui qui ne prétend pas à une jouissance indépendante, celui qui agit en subordonné (colon, locataire) ou en gardien (dépositaire, envoyé en possession), n'est qu'un détenteur. Dans cette manière de voir, l'*animus* n'est qu'un élément secondaire qui est pris en considération uniquement pour savoir si l'état de fait apparent n'est pas en contradiction avec la volonté du détenteur. Si le détenteur a reconnu lors de son entrée en possession qu'il est, non pas le maître, mais un subordonné, on ne peut faire abstraction de

mains, et alors même qu'il ignorerait sa qualité de propriétaire (Jav., 6 Ep. D., XLI, 3, 21, admet l'interruption de l'usucapion *pro herede* lorsque celui qui s'est emparé d'un fonds héréditaire le loue à l'héritier).

(1) Paul, 54 ad Ed., *h. t.*, 1, § 3, 9, 10.

(2) Lorsque Paul (*ibid.*, 3, 1) dit que l'*animus* seul ou le *corpus* seul ne suffit pas pour acquérir la possession, il veut dire seulement que, pour acquérir la possession, la volonté d'être possesseur ne suffit pas si l'on n'est pas en contact matériel avec la chose. La suite du texte prouve que l'*animus* a pour but de déterminer l'étendue et la portée du *corpus*, d'en indiquer la signification.

(3) Paul, *h. t.*, 3, 12; Pap. 23 Quæst., *eod.*, 44, 1.

(4) Alex., C., VII, 32, 2 : *Cum ipse proponas diu te in possessione fuisse, omniaque ut dominum gessisse.*

cette volonté, ne tenir aucun compte de son titre. D'où il suit que la volonté de posséder est présumée jusqu'à preuve contraire.

Reste à déterminer quels titres font présumer qu'on agit en maître. Les Romains ont-ils abandonné ici l'analogie avec la propriété qui a servi de point de départ à la distinction entre la possession et la détention? D'après une opinion assez répandue, il suffirait pour être possesseur de prétendre à l'appropriation économique de la chose (1). A cet égard, le créancier gagiste (2) et le précariste seraient de véritables possesseurs, bien qu'ils ne possèdent pas *opinione domini* (3). Mais Ulpien présente le créancier gagiste comme ayant, non la possession civile, mais la possession naturelle, c'est-à-dire la détention (4) : il le cite parmi les personnes contre lesquelles on peut intenter l'action *ad exhibendum*, à côté du locataire et de l'envoyé en possession à titre conservatoire (5). Or, il est certain que les créanciers envoyés en possession *custodiæ causa* ne sont pas de vrais possesseurs (6). Il nous paraît donc préférable de dire que les jurisconsultes classiques ont distingué le possesseur du détenteur suivant que, en fait, il agit ou non en maître de la chose. S'ils ont conservé au créancier gagiste et au précariste le droit aux interdits, c'est que l'un et l'autre avaient obtenu la faculté d'y recourir à une époque où la détention était encore confondue avec la possession.

IV. Acquisition de la possession. — L'acquisition de la possession exige la réunion de trois conditions : 1° une personne capable; 2° une chose susceptible d'être possédée; 3° le *corpus* et l'*animus*.

Les deux premières conditions sont la conséquence de l'analogie existant entre la possession et la propriété (p. 204). La troisième condition a été entendue d'une façon plus ou moins rigou-

(1) Paul, 1 Inst., *h. t.*, 41; Pomp., ap. Ulp., *h. t.*, 10, 1; Marcel., ap. Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 26, 6, 2. Cf. Saleilles, *Etude sur les éléments constitutifs de la possession*, 1894, p. 201.

(2) D'après Gaius (13 ad Ed. prov., D., XLVII, 2, 55 pr.), le créancier gagiste ne peut user de la chose sans commettre un *furtum usus*. Dernburg (I, 278) restreint cette décision au cas où le débiteur a engagé des objets affectés à son usage personnel. — Au IIIe siècle, la règle est abandonnée, mais le créancier doit imputer sur les intérêts et subsidiairement sur le capital la valeur des fruits perçus (C., IV, 24, 1-4).

(3) Gaius, D., VI, 2, 13, 1; Paul, 18 ad Ed., D., IX, 4, 22, 1.

(4) Si Gaius dit que le créancier gagiste *juste possidet*, cela ne prouve pas qu'il soit un véritable possesseur, car Paul (*h. t.*, 11) en dit autant de celui *qui prætore auctore possidet*.

(5) Ulp., 24 ad Ed., D., X, 4, 3, 15; Cels., ap. Ulp., 5 pr.; Jul., *eod.*, 5, 2.

(6) Ulp., 32 ad Ed., D., XLIII, 17, 3, 8.

reuse suivant les époques; elle se réalise d'une façon différente suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles, et que l'acquisition a lieu avec ou sans le concours du précédent possesseur.

§ 1er. *Acquisition du* corpus. — Anciennement, et même au temps de Labéon, l'acquisition du *corpus* exigeait un acte matériel d'appréhension, *loco movere* pour les meubles (1), *inducere in fundum* pour les immeubles (2). Cette règle fut maintenue, malgré l'opposition de Trebatius, en cas d'acquisition par occupation (3). Exception était faite pour les meubles d'un poids ou volume tel qu'on ne pût les appréhender (*columna*, *acervus lignorum*), et pour les terres d'une grande étendue : dans le premier cas on se contentait de préposer quelqu'un à la garde de l'objet (*custodiam ponere*) (4), dans le second d'indiquer les limites (*demonstrare fines*) (5) en se transportant dans le voisinage de la terre. L'acquisition a lieu ici, dit Neratius, non pas *corpore et actu*, mais *oculis et affectu*. On admit enfin l'acquisition de la possession dans tous les cas où la chose était d'une façon durable à la disposition de l'acquéreur (6).

Pour les meubles, l'un des principaux moyens d'en acquérir et d'en conserver la possession est de les avoir sous sa garde (7). Cela s'entend en général du dépôt de la chose dans un lieu clos, comme une maison; mais ce pourrait être tout aussi bien dans un lieu ouvert, en plein champ, s'il s'agissait, par exemple, de matériaux destinés à une construction. Si des marchandises sont enfermées dans un grenier, la remise des clefs en fait acquérir la possession (8). La marque apposée sur un objet est également un signe d'appréhension. Si cependant cet objet était dans un lieu où l'acheteur n'a pas accès, la marque servirait seulement à reconnaître l'objet dont livraison serait faite ultérieurement (9). Enfin, pour les esclaves, la remise des titres de propriété équivaut à la tradition (10).

Pour les immeubles, l'occupation d'un fonds de terre en l'ab-

(1) Sab., ap. Paul, *h. t.*, 3, 3.
(2) Paul, *h. t.*, 3, 1; Gaius, 2 Aur., D., VII, 1, 3 pr.
(3) Cf. pour l'animal blessé par un chasseur, Gaius, 2 Aur., D., XLI, 1, 5, 1, et pour le trésor caché dans la terre, Sab., *loc. cit.*
(4) Lab. ap. Jav., 5 ex Poster., *h. t.*, 51; Ner., ap. Paul, *h. t.*, 1, 21.
(5) Alf., 4 Dig. ep., D., XXI, 2, 45; Jav., 7 ex Cass., D., XVIII, 1, 63, 1.
(6) Jav., 13 ex Cass., *h. t.*, 22.
(7) Nerva, ap. Paul, *eod.*, 4, 13.
(8) Gaius, 2 Aur., D., XLI, 1, 9, 6; Paul, *loc. cit.*, 1, 21; Pap., 1 Defin., D., XVIII, 1, 74.
(9) Treb., ap. Ulp., 28 ad Sab., D., XVIII, 6, 1, 2; Paul, 3 Alf. Dig., *eod.*, 14, 1, 7; Lab., ap. Ulp., *loc. cit.*
(10) Sev. et Carac., C., VIII, 5, 3, 1.

sence du possesseur ne suffit pas pour acquérir la possession : il faut de plus que le précédent possesseur fasse une tentative infructueuse pour le recouvrer, ou renonce à la possession (1). En cas de tradition, on est moins exigeant : d'ordinaire, la possession est acquise lorsque le vendeur conduit l'acheteur sur le fonds (2). Si le fonds est trop éloigné, il suffit d'une autorisation écrite délivrée par l'aliénateur (3).

Que la possession soit acquise avec ou sans la coopération du précédent possesseur, qu'il y ait tradition ou occupation, l'acquisition a toujours lieu à titre originaire (4). Entre l'ancien et le nouveau possesseur, il n'y a pas de rapport d'auteur à ayant cause. La possession ne se transmet pas plus à titre particulier qu'à titre universel. Par suite, l'*accipiens* peut avoir la possession, alors que le *tradens* n'avait que la détention. Sa possession peut être exempte de vices alors que celle du *tradens* était vicieuse.

§ 2. *Acquisition de l'*animus. — L'appréhension de la chose ou tout autre acte équivalent ne suffit pas pour acquérir la possession : elle doit s'appuyer sur l'*animus*. Cet *animus* est présumé jusqu'à preuve contraire. Cette preuve ne serait pas admise si celui qui a appréhendé la chose en était, même à son insu, le propriétaire : il ne servirait de rien d'établir qu'il avait, lorsqu'il a appréhendé la chose, la volonté de détenir pour autrui. Dans tout autre cas, on prouvera que l'appréhension n'a pas eu lieu à titre de maître en se reportant à la convention ou à l'acte juridique qui l'a motivée. Celui, par exemple, qui a commencé à posséder pour autrui à titre de dépositaire ou de locataire, ne peut avoir la volonté de posséder pour son propre compte. Il est de principe qu'on ne peut changer soi-même la cause de sa possession (5).

(1) Lab., ap. Ulp., 70 ad Ed., *h. t.*, 6, 1; Ner., ap. Paul, *eod.*, 7.

(2) Paul, *eod.*, 3, 1. Celsus se contente d'une désignation faite par le *tradens* à proximité du fonds (23 Dig., *eod.*, 18, 2).

(3) Diocl., C., IV, 38, 12 pr. Cf. Alex., C., VII, 32, 2.

(4) Arg. Paul, 63 ad Ed., D., XLIII, 1, 2, 3 : l'exercice, par l'acheteur d'un fonds, du droit de passage utilisé par son vendeur, est garanti par un interdit *adipiscendæ* et non *retinendæ possessionis*.

(5) La règle *Ipsum sibi causam possessionis mutare non posse* (p. 205, 3) paraît avoir reçu deux applications : 1° elle sert à restreindre l'usucapion *pro herede*; elle empêche celui qui a acheté la chose d'autrui d'être considéré, après la mort du propriétaire, comme possédant *pro herede*, et par suite comme pouvant usucaper par un an sans bonne foi (Jul., 44 Dig., D., XLI, 3, 33, 1. Cf. Marcel., 17 Dig., D., XLI, 2, 19, 1); 2° elle met le simple détenteur dans l'impossibilité de se transformer en possesseur par un acte de sa volonté (Jul., *eod.*, XLI, 5, 2, 1. Cf. Dernburg, I, 2, 25; Pernice, *Labeo*, II, 426). Mais il peut commencer une possession nouvelle fondée sur une *justa causa*, en achetant la chose au propriétaire (Marcel., 17 Dig., D., XLI, 2, 19, 1).

Le vice dont se trouve entachée la possession de celui qui détient pour autrui ne peut être effacé que par une interversion de possession, résultant d'une contradiction formelle opposée par le détenteur au droit du possesseur. Cette contradiction doit se manifester par un acte matériel, lorsque, par exemple, un colon défend au bailleur d'entrer dans la propriété (1).

§ 3. *Acquisition de la possession par autrui.* — Anciennement on ne pouvait acquérir la possession que par soi-même ou par l'intermédiaire d'une personne en puissance (2). A la fin du Ier siècle, Neratius étendit cette règle à l'acquisition par un procurateur, qui était souvent un esclave affranchi. Ce fut le point de départ d'une théorie nouvelle, consacrée un siècle plus tard par Sévère et Caracalla : l'acquisition de la possession *per extraneam personam* (3). La représentation n'est d'ailleurs admise que pour le *corpus;* l'*animus* doit exister en la personne du représenté : il peut être manifesté à l'avance, en cas de mandat (4), ou après coup, en cas de ratification des actes d'un gérant d'affaires (5).

La règle qui exige un *animus* personnel au représenté souffre quelques exceptions : pour l'*infans* en tutelle et pour les cités. On admet ici la représentation de l'*infans* par son tuteur, de la cité par ses administrateurs (6). La même exception fut appliquée aux fous en curatelle. Un rescrit de Decius de l'an 250 alla plus loin encore : il décida que la tradition faite à un *infans* à titre de donation lui ferait acquérir la possession. La possession est acquise ici *corpore tantum* (7).

(1) Marcel., 19 Dig., D., XLIII, 16, 12; Pap. 26 Quæst., *eod.*, 18.

(2) Gaius (II, 89, 90) signale une controverse pour la femme *in manu* et pour l'individu *in mancipio*.

(3) Ner., 6 Reg., D., XLI, 1, 13 pr.; C., VII, 32, 1.

(4) Le maître qui a concédé l'administration d'un pécule à un esclave acquiert la possession même à son insu. C'est là un *jus singulare* admis *utilitatis causa* (Pap., 23 Quæst., D., XLI, 2, 44, 1). Le maître est réputé avoir manifesté à l'avance sa volonté de posséder toutes les choses acquises *ex causa peculiari*. Cf. p. 134, 9.

(5) Ulp., 4 Reg., *eod.*, 42, 1. Est-il nécessaire en outre que le représentant ait l'intention d'acquérir pour le représenté? La question ne se pose pas dans le cas le plus ordinaire, celui où le mandataire acquiert pour lui-même, sauf à retransférer la possession au mandant (Callistr., 2 Quæst., D., XLI, 1, 59 pr.; Alex., C., VII, 10, 2). Mais lorsqu'une personne voulant me faire une donation, je charge un tiers de recevoir la chose, ce tiers peut-il m'empêcher d'acquérir la possession en l'appréhendant pour lui-même? Tel est l'avis de Julien (44 Dig., D., XLI, 1, 37, 6). D'après lui, il n'y a rien de fait. Ulpien, au contraire, estime que l'intention du tiers est indifférente (7 Disp., D., XXXIV, 5, 13) : l'acquisition se réalisera au profit du mandant.

(6) Ulp., 70 ad Ed., *h. t.*, 2; Paul, *h. t.*, 1, 20. On avait auparavant résolu la difficulté d'une autre manière : l'enfant acquérait la possession avec l'*auctoritas* de son tuteur (Paul, 15 ab Sab., *eod.* 32, 2). Cette solution était mauvaise : l'*auctoritas* peut bien compléter, mais non suppléer l'*animus* de l'enfant. Cf. notre article infans (*Dict. des Antiq.*, V, 487).

(7) C., VII, 32, 3. Voir notre article infans, p. 486, 15.

Les conditions requises pour acquérir la possession par l'intermédiaire d'un tiers se réduisent à leur plus simple expression, lorsque ce tiers est déjà en possession de la chose. Si par exemple un propriétaire veut donner la maison qu'il habite tout en se réservant la faculté d'y rester à titre de locataire, il suffira pour faire acquérir la possession au donataire d'une double manifestation de volonté. C'est ce qu'on appelle depuis le moyen âge le *constitut possessoire*, parce que la déclaration faite par l'ancien possesseur, d'accord avec le nouveau, fait acquérir à celui-ci la possession, sans aucun acte d'appréhension (1).

Réciproquement, un possesseur peut faire acquérir la possession à celui qui la détenait pour son compte (fermier, dépositaire) par une simple déclaration de volonté. C'est ce qu'on appelait jadis : tradition *brevi manu* (2).

V. Perte de la possession. — 1° La possession, étant un pouvoir de fait sur la chose, se perd lorsque le possesseur n'est plus en état de l'exercer. Cette règle est appliquée d'une façon plus ou moins rigoureuse suivant qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles.

L'occupation d'un immeuble par un tiers n'en fait perdre la possession que dans le cas de négligence prolongée du possesseur (3). A cet égard on tient compte des usages locaux, par exemple pour les pâturages d'été ou d'hiver que l'on a coutume d'abandonner pendant un semestre (4).

La possession d'un meuble se perd bien plus facilement : il suffit qu'il ne soit plus sous notre garde (5). Pour l'application de cette règle, il y a lieu de distinguer les animaux et les esclaves. Un animal sauvage cesse d'être en notre possession dès qu'il a recouvré sa liberté naturelle (6) ; un animal sauvage apprivoisé, lorsqu'il a perdu l'esprit de retour : il n'est pas nécessaire qu'un tiers se soit emparé de lui ; un animal domestique lorsque, s'étant échappé, il n'est plus en vue et qu'on tenterait vainement de le poursuivre (7). Pour l'esclave, lorsqu'il a l'esprit de retour (8), la possession n'est perdue que si un tiers s'est

(1) Cels., 25 Dig., *h. t.*, 18 pr.; Ulp., 17 ad Ed., D., VI, 1, 77; Theod. jun., C., VIII, 55, 28.
(2) Gaius, 2 Aur., D., XLI, 1, 9, 5.
(3) Jul., ap. Afric., 7 Quæst., *h. t.*, 40, 1; Gaius, II, 51, D., XLI, 3, 37, 1.
(4) Pomp., 23 ad Q. Muc., *h. t.*, 25, 2. Pour le cas d'absence temporaire, voir p. 212, 1.
(5) Nerva fil., ap. Pap., 26 Quæst., *eod.*, 47.
(6) Gaius, 3 Aur., D., XLI, 1, 3, 2; 5 pr.
(7) Gaius, *eod.*, 5, 5-6.
(8) Nerva, *loc. cit.* Pour l'esclave fugitif : Herm., 5 jur. Ep., *h. t.*, 50, 1.

emparé de lui. Elle se perd encore lorsque l'esclave, qui depuis un certain temps est, sans dol, en liberté de fait, est prêt à faire soutenir en justice qu'il est libre.

2° La possession est également perdue lorsque le possesseur y renonce (1). Une personne incapable de volonté, un fou, un enfant, ne peut perdre la possession de cette manière (2). La renonciation peut être pure et simple, lorsque le possesseur abandonne la chose ou lorsqu'il en fait tradition à un tiers (3). Il en est autrement de la tradition faite en exécution d'une vente : ici le vendeur n'entend renoncer à la possession que si elle est acquise par l'acheteur (4).

3° La possession se perd enfin par la mort du possesseur ou lorsque la chose a péri ou a été mise hors de commerce (5).

Les règles qui précèdent s'appliquent-elles au cas où l'on possède par l'intermédiaire d'autrui? Cela ne fait aucun doute pour le cas de renonciation ou de mort du possesseur (6), lorsque la chose a péri ou a été mise hors du commerce. Mais l'expulsion du possesseur ne lui fait pas perdre la possession, tant que les gens de sa maison ne sont pas eux-mêmes expulsés (7).

Lorsque celui qui détient la chose pour autrui meurt ou devient fou, la possession n'est pas perdue (8), pourvu que le possesseur ne puisse être accusé de négligence; il en serait autrement si un tiers venait à s'emparer de la chose. Si le détenteur

(1) Ulp., 76 ad Ed., *h. t.*, 17, 1. La règle sur la perte de la possession *animo* est contredite par un texte célèbre de Paul (65 ad Ed., D., L, 17, 153) : de même que la possession exige pour son acquisition la réunion du *corpus* et de l'*animus*, de même elle ne se perd que par une volonté contraire jointe à l'abandon du *corpus* (Sur le sens du mot *utrumque* que Savigny a inexactement traduit par « l'un ou l'autre », cf. Karlowa, II, 340). On ne saurait voir dans ce texte l'expression de l'opinion de Paul; car dans le même ouvrage (54 ad Ed., *h. t.*, 3, 6) il dit : *Amitti et animo solo potest, quamvis adquiri non potest.* Il est vraisemblable que, dans le texte précité, Paul rapportait une règle antique, qui, au temps où il vivait, s'appliquait encore dans bien des cas, mais non d'une façon absolue. Il est certain qu'au IIIe siècle, l'élément intentionnel jouait dans plusieurs cas un rôle prépondérant : c'est ainsi qu'on pouvait conserver la possession d'un esclave voyageant à l'étranger loin de son maître, mais ayant l'esprit de retour; de même pour les *saltus hiberni æstivique* qu'on abandonnait plusieurs mois chaque année (Pap., *h. t.*, 44, 2; 46).

(2) P. 207, 1. Ulp., 30 ad Sab., *eod.*, 29.

(3) Cels., 23 Dig., *h. t.*, 18, 1.

(4) Pap., 26 Quæst., D., XLIII, 16, 18 ; Ulp., 7 Disput., *h. t.*, 34.

(5) Paul, 15 ad Sab., *h. t.*, 30, 4; 30, 1.

(6) Paul, *eod.*, 30, 5.

(7) Vivian., ap. Ulp., 69 ad Ed., D., XLIII, 16, 1, 45.

(8) Jul., ap. Afr., 7 Quæst., *h. t.*, 40, 1. Si le détenteur abandonne la chose, Julien et Pomponius étaient d'avis que la possession était perdue (Jul., *loc. cit.*; Pomp., *eod.*, 23, 1; 81). Proculus (2 Ep. D., IV, 3, 31), Papinien (D., XLI, 2, 44, 2) et Paul (*eod.* 3, 8) pensaient au contraire que le possesseur retient la possession *animo* tant qu'un tiers ne s'est pas emparé de la chose

laisse enlever la chose par négligence ou par dol, le possesseur n'est pas victime de cet acte déloyal : il ne perdra la possession que s'il ne prend aucune mesure pour recouvrer sa chose ou s'il ne réussit pas à la reprendre (1). Enfin, si un tiers profite de l'absence du détenteur pour s'emparer d'un fonds, il acquerra la possession par cela seul que le détenteur mis au courant de la situation la subit ou tente vainement de la faire cesser. Il n'y a pas à rechercher si le représenté a connaissance de l'usurpation (2).

VI. Protection de la possession. — La possession, qu'elle soit ou non séparée de la propriété, est protégée par le Préteur au moyen des interdits (3). C'est là l'effet propre de la possession : à cet égard on peut dire qu'elle n'est plus un simple fait, qu'elle confère un droit. Mais c'est un droit qui ne saurait prévaloir devant la preuve faite par un tiers qu'il est propriétaire de la chose.

La conséquence logique de la théorie de la possession est de refuser les interdits aux simples détenteurs. On sait que cette conséquence n'a pas été admise pour quelques-uns d'entre eux (p. 207, 3) ; il faut se garder d'en conclure qu'on peut impunément troubler les autres dans leur détention ou la leur enlever par violence. Les détenteurs ont le droit d'intenter l'action d'injures pour obtenir réparation de tout acte qui porte atteinte à leur personnalité. Quelques-uns d'entre eux sont plus favorisés : l'envoyé en possession à titre conservatoire est protégé par un interdit spécial (4). Julien accorde au fermier comme à toute personne intéressée l'interdit *quod vi aut clam* pour tout changement apporté au fonds de terre clandestinement ou par violence (5). Dans tout autre cas, le détenteur a la ressource de s'adresser au possesseur et de solliciter son intervention. Cette situation se conçoit pour les dépositaires ou les commodataires

(1) Sab., in C., VII, 32, 12 pr.

(2) Pap., *loc. cit.;* Ulp., 69 ad Ed., D., XLIII, 16, 1, 22.

(3) Quelles raisons ont déterminé le Préteur à protéger la possession, à créer les interdits possessoires? C'est une question controversée, sur laquelle on pourra consulter nos *Recherches sur la possession*, p. 9-34. A notre avis, les interdits possessoires, comme les autres interdits créés à l'époque antique, sont des mesures de police destinées à maintenir le bon ordre dans la cité. Cette idée que nous avons émise (*op. cit.*, p. 11, 30, 31) a été depuis reprise et développée par Pernice (*Z. Sav. St.*, 1896, p. 194) et par Karlowa (*Rg.*, 1901, II, 1028). Bien entendu, toutes les mesures de police ne donnent pas lieu à un interdit : l'interdit suppose un conflit entre deux citoyens. On a objecté que le Préteur n'a pu avoir la pensée de protéger les usurpateurs contre les propriétaires : cette objection tombe si l'on remarque les précautions prises par le Préteur pour exclure ceux qui ont une possession vicieuse.

(4) Ulp., 72 ad Ed., D., XLIII, 4, 1 pr. C'est l'interdit *ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit.*

(5) Jul., ap. Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 24, 11, 12 et 14.

qui rendent ou à qui l'on rend un service gratuit. Elle s'explique également pour le locataire et le fermier (1) : le lien qui les unit au bailleur est fragile; celui-ci peut, sous réserve d'indemnité, congédier son locataire, expulser son fermier : on comprend qu'on n'ait pas cherché à les maintenir en possession (2).

Les interdits possessoires sont de deux sortes : les uns ont pour but de recouvrer une possession perdue (*recuperandæ possessionis causa*) (3); les autres, de conserver une possession contestée (*retinendæ possessionis*).

§ 1er. *Interdits* recuperandæ possessionis. — Les interdits qui tendent à recouvrer la possession sont les interdits *unde vi*, *de precario, de clandestina possessione*.

I. — Il y a deux interdits *unde vi :* l'un est donné *de vi quotidiana*, l'autre *de vi armata* (4).

Le premier suppose l'expulsion violente (*vis atrox*) du possesseur d'un immeuble (5) par le défendeur, par ses esclaves ou son procurateur agissant sur son ordre ou avec son assentiment (6). Peu importe que le défendeur ne possède plus la chose ou même qu'il n'en ait pas pris possession (7). Mais il faut que le demandeur n'ait pas une possession vicieuse à l'égard de son adversaire, sans quoi le défendeur l'écarterait par l'exception *vitiosæ possessionis* (8). Sous cette réserve, le Préteur ordonne au défendeur de restituer l'immeuble et tout ce qui s'y trouvait, les fruits, les accessoires, en un mot de réparer complètement le dommage causé même par cas fortuit (9). Le dommage s'apprécie à dater du jour de la dépossession et non pas, comme

(1) Ulpien (69 ad Ed., D., XLIII, 16, 1, 22) met le colon sur la même ligne que l'esclave et le *procurator*. On a vu (p. 207, 3) que le fermier des terres publiques est dans une situation à part.

(2) Voir nos *Recherches sur la possession*, 57-58.

(3) Ces interdits sont les plus anciens. Voir les preuves, *ibid.*, p. 24-27.

(4) Cic., *P. Cæc.*, 32. Sous Justinien il n'y a plus qu'un interdit *unde vi*. La différence de la violence simple et de la violence à main armée a été maintenue, mais elle n'a plus d'intérêt qu'au point de vue des poursuites criminelles auxquelles donne lieu désormais toute expulsion (Inst. IV, 15, 6).

(5) Ulp., D., XLIII, 16, 1, 3; 1, 43. La dépossession est nécessaire (Vivian., ap. Ulp., 1, 45-46). Mais l'expulsion d'un esclave, d'un procurateur ou d'un colon suffit lorsqu'on possède par leur intermédiaire (Ulp., 1, 22; Jul., ap. Tryph., 15 Disp., *eod.*, 19 ; Ulp,. 1, 3-4 : *Possessio soli, rei solo cohærentis*).

(6) Cic., *P. Cæc.*, 19, 55; Ulp., *h. t.*, 1, 11-12, 16-17; Sab., ap. Ulp., 1, 13; Sab., Cass., *eod.*, 1, 14. Si l'expulsion a eu lieu par un fils de famille ou un mercenaire, on donne un interdit utile (Ulp., 1, 20). Si la violence a été commise par les esclaves à l'insu de leur maître, celui-ci ne doit que l'abandon noxal et la restitution du profit. (Ulp., 1, 15).

(7) Ulp., *eod.*, 1, 42; Paul, 54 ad Ed., D., XLI, 3, 4, 22.

(8) Gaius, IV, 154; Cass., ap. Ulp., 1, 27 : *Vim vi repellere licere Cassius scribit, idque jus natura comparatur.*

(9) Ulp., 1, 31-33; 40-41. La victime de la violence peut, si elle le préfère, ré-

d'ordinaire, depuis l'émission de l'interdit. Mais l'interdit doit être demandé dans l'année ; passé ce délai, le Préteur n'accorde qu'une action *in factum*, et le défendeur n'est tenu que de son enrichissement. Il en est de même si le défendeur est mort : ses héritiers sont passibles d'une action *in factum* dans la mesure de leur enrichissement (1).

L'interdit *de vi armata* fut inséré dans l'édit du Préteur vers la fin du VII[e] siècle, au temps des guerres civiles (2). Il s'applique au cas où l'expulsion est l'œuvre d'une troupe d'hommes ou d'une ou plusieurs personnes armées (*hominibus coactis armatisve*) (3). Il a pour but d'assurer d'une manière plus énergique la répression de la violence commise. A la différence de l'interdit *de vi quotidiana*, il est perpétuel (4) ; il ne peut être écarté par l'exception *vitiosæ possessionis* (5) ; il se donne même contre un ascendant ou un patron, au lieu d'être remplacé par une action *in factum* (6).

II. — L'interdit *de precario* se donne contre le précariste qui ne restitue pas, à première réquisition, la chose qui lui a été livrée sur sa prière. C'est la sanction de la faculté reconnue au bailleur de révoquer sa concession *ad nutum* (7). Jusque-là le précariste avait la *justa possessio;* à dater de la révocation, il possède *injuste* ou *vitiose* (8). Cet interdit remonte à une époque où le précaire se formait entre patron et client (I, 169, 676). Il a été appliqué par le droit classique à d'autres rapports non sanctionnés par la loi (9). Il se donne même contre le précariste

clamer séparément les meubles par l'action *ad exhibendum* ou par l'action *bonorun vi raptorum* (Jul., *eod.*, 1, 32, 34, 35).

(1) Ulp., 1 pr. ; 1, 39 ; 1, 48.

(2) Il est antérieur au *Pro Cæcina* de 685. La loi Julia *de vi privata* autorisa une poursuite criminelle en cas d'expulsion à main armée (Paul, V, 26, 3). Sous Justinien, si l'expulsion violente a lieu à main armée, on applique les peines de la loi Julia *de vi publica ;* sinon, celles de la loi Julia *de vi privata* (Inst., IV, 15, 6). Les textes classiques ont été modifiés en conséquence par les compilateurs. Cf. Mommsen, *Strafrecht*, 659, 1, et notre article lex julia *de vi* (*Dict. des Antiq.*, V, 1148).

(3) Cic., *eod.*, 21, 59. Cf. Ulp., D., XLVIII, 7, 5.

(4) Ulp., 1 pr. ; 1, 39 ; Cic., *Ad div.*, XV, 16. Sous Justinien, l'interdit *de vi* n'est plus perpétuel : il ne se donne que pendant un an utile.

(5) Pomp., 29 ad Sab., *eod.*, 14 ; Gaius, IV, 155. Sous Justinien, cette exception n'est plus admise, de quelque manière qu'ait eu lieu l'expulsion.

(6) Ulp., I, 43. Labéon (ap. Ulp., 1, 29) admet une autre différence : il considère comme *dejectus* celui qui s'est enfui à la vue des hommes armés. Cette assimilation, contestée par Pomponius, n'est acceptée par Ulpien que si l'immeuble a été effectivement occupé.

(7) Ulp., 1 Inst., D., XLIII, 26, 1 pr., 2.

(8) Cf. nos *Recherches sur la possession*, p. 25.

(9) Paul, 13 ad Sab., *eod.*, 14. Le précaire peut avoir pour objet des meubles (Ulp., *eod.*, 4 pr.), des choses incorporelles (Pomp., *eod.*, 15, 2). Cf. Scialoja, *Del precarista*, 1888.

qui, par dol, a cessé de posséder (1). — L'interdit *de precario* est restitutoire : le Préteur ordonne au défendeur de restituer la chose, sous peine d'être condamné à indemniser le demandeur de la totalité du préjudice causé (2). L'interdit est perpétuel et se donne contre l'héritier du précariste (3).

III. — On a peu de renseignements sur l'interdit *de clandestina possessione :* il n'est mentionné que par Julien (4). Il devait être donné contre celui qui avait clandestinement pris possession d'une chose en l'absence du possesseur; il permettait à celui-ci de recouvrer la possession. Cet interdit perdit sa raison d'être lorsque, sous l'Empire, les règles sur la perte de la possession eurent été modifiées. A cette époque, il ne suffit plus qu'un tiers s'empare d'un immeuble : il faut qu'il y ait négligence du possesseur ou tentative infructueuse de retour. En l'absence de l'un de ces deux faits, la possession est conservée : dès lors on peut demander l'*uti possidetis ;* l'interdit *de clandestina possessione* est inutile.

§ 2. *Interdits* retinendæ possessionis. — Ces interdits sont l'*uti possidetis* pour les immeubles, l'*utrubi* pour les meubles (5). Le rapprochement de ces deux interdits, autrefois si distincts par leur objet (6), ne paraît pas antérieur à l'Empire (7). Il subsiste

(1) Ulp., 71 ad Ed., *eod.*, 8, 3.

(2) Ulp., *eod.*, 8, 4 et 6.

(3) Lab., ap. Ulp., *eod.*, 8, 7; Ulp., 8, 8. Jhering (*Der Besitzwille*, 1889, trad., p. 334) a contesté à tort le caractère récupératoire de cet interdit. Il prétend qu'un interdit est impossible dans les rapports de patron à client. Cela a pu être vrai aux premiers siècles, mais non à l'époque où l'on a favorisé l'émancipation des clients. Lorsque la loi protégea le client contre l'avarice du patron (t. Ier, p. 557), il parut équitable au Préteur de protéger le patron contre le client ingrat qui élevait la prétention de garder la terre qu'il devait à la bienveillance de son patron. Jhering objecte que l'interdit *de precario* manque du caractère essentiel des interdits possessoires, car il ne suppose pas nécessairement que le bailleur possède (Jul., 13 Dig., *eod.*, 18). Mais le texte cité se rapporte au précaire du droit classique qui a pour objet, non plus une parcelle de l'*ager publicus*, mais une chose dont le bailleur est propriétaire. Voy. nos *Recherches sur la possession*, p. 28, 6.

(4) Jul., ap. Ulp., 20 ad Ed., D., X, 3, 7, 5. Bien que certains auteurs (Savigny, 96; Lenel, *E. P.*, 377) ne voient dans ce texte qu'une allusion à l'exception *vitiosæ possessionis* opposée à l'*uti possidetis*, l'existence de cet interdit ne nous paraît pas douteuse. L'exception *vitiosæ possessionis* a été insérée dans la formule de l'*uti possidetis* pour exclure l'application de cet interdit dans le cas où l'un des prétendants à la possession aurait droit aux interdits récupératoires. Voir nos *Recherches sur la possession*, p. 26; Karlowa, II, 322.

(5) Gaius, IV, 149; Ulp., 69 ad Ed., D., XLIII, 17, 1, 1 et 8, XLIII, 31, 1, 1. Sur les remaniements apportés à la formule de l'*uti possidetis*, voir nos *Recherches*, p. 15, 2-4; 27.

(6) Sur l'objet primitif de l'*utrubi* qui apparaît comme un interdit *de servo ducendo* et non comme un interdit possessoire, voir nos *Recherches*, p. 19-21. Cf. dans le même sens Karlowa, II, 1201.

(7) L'idée de ce rapprochement est exprimée par Ulpien (D., XLIII, 31, 1, 1) : *Obtinuit vim ejus exæquatam fuisse uti possidetis interdicto...*

toujours entre eux une différence essentielle : l'*uti possidetis* protège le possesseur actuel ; l'*utrubi*, celui des plaideurs qui, dans la dernière année, a possédé plus longtemps que son adversaire (1), soit par lui-même, soit par celui dont il est l'héritier ou l'ayant cause à titre particulier ; on l'autorise en effet à joindre à sa possession celle de son auteur. Les deux interdits sont prohibitoires : le Préteur défend de porter atteinte à l'état actuel ou antérieur de la possession. L'un et l'autre sont doubles : la défense du Préteur s'adresse aux deux plaideurs. En cas de contravention, on organise ultérieurement une instance pour obtenir la réparation du préjudice. L'un et l'autre ne protègent que celui dont la possession est exempte de tout vice (2).

1° *Application de l'*uti possidetis. — Sous l'Empire comme sous la République, l'*uti possidetis* sert à trancher un débat sur la possession d'un immeuble (*possessionis controversia*). Ce débat présente, suivant les cas, des aspects divers.

a) Le droit classique assimile à un prétendant à la possession celui qui empêche un possesseur d'user de sa chose comme il l'entend : c'est par exemple un locataire qui veut empêcher le bailleur de réparer sa maison, un tiers qui m'empêche de construire sur mon terrain (3). L'*uti possidetis* joue ici un rôle analogue à celui de l'action négatoire en matière de propriété (4).

b) L'*uti possidetis* peut servir à réprimer un trouble postérieur à son émission, et cela grâce à des paris réciproques que le Préteur permet aux parties d'engager dans le délai d'un an depuis que l'interdit a été rendu.

c) L'*uti possidetis* a une fonction récupératoire lorsqu'il est intenté contre une personne qui possède la chose *vi*, *clam* ou *precario*. Le Préteur déclare en effet qu'il protégera celui des plaideurs dont la possession n'est pas vicieuse à l'égard de son adversaire.

d) Enfin l'*uti possidetis* a une fonction préjudicielle (5) : il sert

(1) Cette différence a été supprimée par Justinien (Inst., IV, 15, 4 a).

(2) Gaius, IV, 150, 151, 160, 166-170.

(3) Ulp., 69 ad Ed., D., XLIII, 17, 3, 2-3 : *Videris mihi possessionis controversiam facere qui prohibes me uti mea possessione ;* Pomp., ap. Ulp., *eod.*, 3, 4 ; 6 ex Plaut., D., XLIII, 16, 11. Bien qu'inséré au titre *unde vi*, ce texte paraît se rapporter à l'*uti possidetis*. Cf. Lenel, *Pal.*, II, 82, 2.

(4) L'interdit conservait-il ici son caractère d'interdit double? Les textes ne permettent pas de résoudre cette question. Cf. Karlowa, II, 326.

(5) D'après certains auteurs, ce fut sa fonction première. Voir dans nos *Recherches* les raisons de douter de l'exactitude de cette opinion. A notre avis, les interdits récupératoires, peut-être même l'*uti possidetis*, servirent à protéger les possesseurs des *agri occupatorii*. On a objecté que cette application est incompatible avec la création de l'interdit *de loco publico fruendo* pour le fermier de terres publiques (Girard, *Manuel*, 274, 4). Mais dans cet interdit la question de possession est hors

à fixer le rôle des parties dans la revendication. Anciennement, celui qui était actionné en revendication ne pouvait pas se contenter de nier le droit de son adversaire : il devait affirmer qu'il était lui-même propriétaire. Du jour où la possession fut protégée par un interdit, celui qui avait obtenu gain de cause dans le débat au possessoire ne perdait pas sa possession garantie par le magistrat, par cela seul qu'un tiers se prétendait propriétaire : le Préteur ne lui retirait sa protection que si le tiers faisait judiciairement reconnaître son droit de propriété. Il fallut dès lors imaginer une forme de revendication dans laquelle le demandeur seul affirmât son droit : ce fut l'action réelle *per sponsionem*, plus tard la formule pétitoire. Celui qui, dans le débat au possessoire, avait obtenu gain de cause jouait dans le procès au pétitoire le rôle de défendeur.

2° *Applications de l'interdit* utrubi. — Comme l'*uti possidetis*, l'interdit *utrubi*, donné en matière mobilière, a une fonction préjudicielle. Il a aussi et à plus forte raison une fonction récupératoire : il assure fréquemment le succès de celui qui n'a pas la possession lors de l'émission de l'interdit, non seulement lorsque son adversaire a une possession vicieuse, mais aussi lorsque, ayant une possession régulière, il a eu la chose moins longtemps pendant la dernière année. Il suit de là qu'en matière mobilière on n'était pas protégé contre un trouble apporté à la possession ; on était seulement protégé, pendant un délai très court, contre la perte de la possession.

CHAPITRE IV

Modes d'acquérir la propriété.

On divise les modes d'acquérir la propriété en modes du droit civil et modes du droit des gens, en modes du droit public et modes du droit privé, en modes originaires et modes dérivés.

I. — Les modes du droit civil sont réservés aux citoyens romains ; ceux du droit des gens sont accessibles aux pérégrins qui n'ont pas le *commercium*. Cette distinction, déjà indiquée (I, 247), perdit son intérêt après l'édit de Caracalla (p. 72, 3).

II. — Les modes d'acquérir du droit public s'appliquent aux biens appartenant au peuple romain. Ceux du droit privé s'ap-

de cause; le fermier doit établir : 1° qu'il a traité avec le magistrat compétent (*is cui locandi jus fuerit*); 2° qu'il désire jouir conformément aux termes de son contrat : *Ultra legem vel contra legem non debet audiri qui frui desiderat* (Ulp., D., XLIII, 9, 1, 3).

pliquent soit à des biens déjà appropriés, soit à des choses qui ne sont à personne (animaux qu'on prend à la chasse ou à la pêche), soit enfin aux produits de la nature (fruits de la terre, croît des animaux) ou aux produits de l'industrie humaine (objets fabriqués).

Les modes du droit public sont la vente *sub hasta*, la vente par les agents du fisc, l'assignation, la loi.

1° *Vente* sub hasta. — C'est un simple pacte conclu entre l'acquéreur et le représentant de l'Etat, ordinairement le questeur. Les clauses sont déterminées à l'avance par le magistrat (*lex contractus*) (1). Le prix est fixé par voie d'enchères publiques. L'adjudication est faite au plus offrant : elle est constatée par une question posée par l'acquéreur suivie d'une réponse du magistrat (*addictio*, I, 597, 1). La vente est dite *sub hasta* parce qu'avant d'y procéder, le magistrat fait planter une lance sur le forum (*hastarium*) ou devant un temple. C'est une façon symbolique d'exprimer que le droit transmis à l'acquéreur est placé sous la protection de la force publique (I, 720).

La vente *sub hasta* transfère la propriété à l'adjudicataire indépendamment de toute tradition (2) : c'est une particularité du droit public. En droit privé, le simple pacte ne suffit pas pour transférer la propriété. — La vente *sub hasta* a le plus souvent pour objet les meubles pris à l'ennemi, le butin, ou les biens des condamnés. Parfois elle s'applique à des immeubles appartenant à l'Etat; mais le Sénat n'a recours à cette extrémité que lorsque le Trésor est vide et que l'Etat a un besoin pressant d'argent (3).

Sous l'Empire, les biens du fisc peuvent être valablement aliénés par ceux qui ont le *jus distrahendi*. Ici encore, la vente rend l'acheteur immédiatement propriétaire, pourvu que le prix soit payé (4).

(1) Voir nos articles HASTA et LEX CONTRACTUS (*Dict. des Antiq.*, V, 42 et 1113). La fig. 3735 représente, d'après un denier de Sulpicius Galba, la vente *sub hasta* d'un prisonnier.

(2) Varr. (*R. r.*, II, 10) cite six modes d'acquérir le *dominium legitimum* d'un esclave : l'adition d'hérédité, la mancipation, l'*in jure cessio*, l'usucapion, la vente *sub corona*, la *bonorum sectio* (qui avait lieu *sub hasta*). Le *bonorum sector* avait, pour obtenir la possession, un interdit *sectorium*, analogue à l'interdit *quorum bonorum* (GAIUS, IV, 146).

(3) LIV., XXVIII, 46. CIC., *De leg. agr.*, II, 14. La vente confère-t-elle ici la propriété quiritaire? Beaudouin (*Limitation*, 199-205) l'a contesté en invoquant l'analogie avec les *trientabula* donnés par l'État en payement à ses créanciers en 554. La raison n'est pas décisive : de ce que l'État se trouve dans les deux cas à court d'argent, on ne saurait conclure que le droit conféré est de même nature. Cf. Paul FOURNIER, *Nouv. Rev. hist.*, 1901, XXV, 195.

(4) ULP., 16 ad Ed., D., XLIX, 14, 5, 1.

2° *Assignation.* — L'*assignatio* est un acte politique consacré par une loi et qui a pour objet l'attribution gratuite, soit à des particuliers, soit à des colons, de parcelles de l'*ager publicus*. De là deux sortes d'assignations : *viritana, colonica* (1). Chaque parcelle était limitée par les *agrimensores* suivant des rites déterminés (I, 246, 3). L'attribution était faite par des magistrats spéciaux (*agris dandis adsignandis*) nommés par le peuple. Leur nombre est de trois pour la fondation des colonies; il varie de trois à vingt pour les assignations individuelles (2).

3° *Loi.* — Ce mode d'acquérir s'applique aux cas où le peuple a transformé en propriété privée l'occupation révocable des terres du domaine public (p. 195).

III. — La classification des modes d'acquérir du droit privé en originaires et dérivés est moderne : elle a l'avantage de mettre en relief l'un des caractères les plus utiles à connaître dans toute acquisition de propriété.

L'acquisition est dérivée lorsqu'elle s'appuie sur le droit du précédent propriétaire. L'acquéreur, pour prouver qu'il est propriétaire, doit établir non seulement la régularité de son titre d'acquisition, mais aussi le droit de propriété de son auteur. Les modes dérivés sont la mancipation, l'*in jure cessio,* la tradition, l'adjudication, la loi. — L'acquisition est originaire lorsqu'elle s'applique à une chose qui n'appartient à personne : telle est l'occupation d'une *res nullius ;* tels sont aussi les divers cas d'accession et, suivant certains auteurs, l'usucapion (3). Nous étudierons à part ce dernier mode qui sert à consolider la propriété acquise d'une manière vicieuse soit par un mode dérivé, soit par un mode originaire.

(1) La création de l'*ager limitaneus* par Alexandre Sévère fut aussi un acte politique : les concessionnaires ont la charge de défendre les frontières de l'Empire. *Vita* 58 : *Sola quæ de hostibus capta sunt, limitaneis ducibus et militibus donavit, ita ut eorum essent, si heredes eorum militarent nec umquam ad privatos pertinerent, dicens attentius eos militaturos, si etiam rura defenderent.*

(2) Cf. Mommsen, trad. IV, 347. L'assignation confère, suivant l'opinion générale, la propriété quiritaire. Beaudouin (*Limitation*, 182) l'a contesté : il se fonde sur ce que la loi agraire de Tib. Gracchus défend aux concessionnaires de vendre leur part et leur impose un *vectigal.* Mais rien ne prouve que ce soit l'application du droit commun et non une exception motivée par le but que se proposait l'auteur de la loi. Voir les observations de Paul Fournier, *loc. cit.*, 197.

(3) La question de savoir si l'usucapion est un mode originaire ou dérivé est controversée. Le droit de l'acquéreur n'emprunte pas sa valeur au droit du précédent propriétaire : il puise sa force dans une possession prolongée et de bonne foi. Cf. Windscheid, I, 480; Dernburg, I, 183; Van Wetter, I, 356. Pourtant on y voit ordinairement un mode dérivé, parce que : 1° l'acquéreur doit subir les charges réelles qui grèvent la chose; 2° on traite comme un aliénateur celui qui sciemment laisse usucaper (p. 106, 8); 3° on applique les règles sur la défense d'aliéner (Brinz, *Pandekten*, I, 245, 563, 595; Regelsberger, *Pandekten*, I, 119, 5).

I

MODES ORIGINAIRES D'ACQUÉRIR.

I. Occupation. — L'occupation est le mode d'acquérir propre aux choses qui n'appartiennent à personne (*res nullius*) (1). Cela comprend : 1° les choses mobilières qui n'ont jamais appartenu à personne : animaux sauvages, oiseaux, poissons; exceptionnellement, parmi les immeubles, les îles qui se forment dans la mer; 2° les choses déjà appropriées, mais qui sont aujourd'hui sans maître, parce que le propriétaire est mort sans héritier; 3° les choses prises à l'ennemi par des citoyens agissant isolément. Il ne s'agit pas du butin fait par les soldats et qui doit être remis à leur chef pour être vendu au profit du trésor public (2). Le droit de prise s'exerce même en temps de paix à l'égard des habitants des cités qui ne sont pas unies à Rome par un traité d'alliance ou d'amitié. Ces étrangers ne sauraient invoquer la protection de la loi ni pour leur personne, ni pour leurs biens.

L'occupation est un acte unilatéral qui consiste à appréhender une chose avec la volonté de se l'approprier. Acte unilatéral, elle diffère de la tradition. Elle lui ressemble en ce que l'acquisition de la propriété est la conséquence de l'acquisition de la possession. L'occupation ne pourra donc faire acquérir la propriété quiritaire que pour les choses *nec mancipi;* quant aux *res mancipi*, l'occupation comme la tradition les mettra seulement *in bonis*, jusqu'à l'expiration du délai de l'usucapion (3).

Les conditions requises pour l'acquisition de la propriété par occupation sont les mêmes que pour l'acquisition de la possession. Mais cette règle n'a été formulée qu'à l'époque où l'on a précisé la notion de la possession. Jusque-là, il y a eu des divergences dont on trouve la trace au Digeste : Trebatius soutenait que la propriété était acquise dès qu'on s'était mis en mesure de s'emparer de la chose, par exemple lorsqu'on avait blessé à mort un animal. Un demi-siècle plus tard, Proculus exigeait que l'animal fût *in potestate mea*, ce qui laissait au juge une certaine latitude. Les jurisconsultes du IIe siècle appliquent les règles ordinaires sur l'acquisition de la possession (4).

(1) Gaius, 2 Aur., D., XLI, 1, 8 pr.; 1, 1; 7, 3.
(2) Cels., 2 Dig., *eod.*, 51, 1. Cf. pour les terres prises à l'ennemi Pomp., 26 ad Sab., D., XLIX, 15, 20, 1.
(3) Cf. Bonfante, *Riv. Ital.*, t. XVII. Contra, Gluck-Czyhlarz, *op. cit.*
(4) Cf. Gaius, *loc. cit.*, 5, 1; 3, 1.

Lorsqu'une chose sans maître se trouve sur un fonds de terre appartenant à un particulier, comment concilier le droit d'occupation qui appartient à tous avec le droit du propriétaire du fonds? Gaius autorise le propriétaire du fonds à en interdire l'accès au chasseur qui voudrait y prendre du gibier. Mais le chasseur qui n'a pas tenu compte de la défense n'en est pas moins propriétaire du gibier (1). Le propriétaire du fonds n'a que la ressource de lui demander des dommages-intérêts, soit par l'action d'injures si le chasseur a pénétré chez lui avec l'intention de l'offenser, soit par l'interdit *uti possidetis* s'il y a eu trouble possessoire (2).

II. ACCESSION. — Il y a accession, en droit moderne, lorsqu'on acquiert une chose en vertu du droit de propriété que l'on a sur une autre. L'accession est un mode d'acquérir la propriété. En était-il de même chez les Romains? La question est depuis longtemps discutée : elle doit en principe être résolue négativement. S'il est vrai que, dans un très petit nombre de cas, les Romains ont attribué à une personne la propriété d'une chose en vertu du droit de propriété qu'elle a sur une autre, ils n'ont eu garde de faire une généralisation qui, théoriquement, eût été inexacte. Dans plusieurs des cas compris sous le nom d'accession (3), il n'y a pas acquisition de propriété, parce qu'il n'y a pas un objet nouveau que l'on puisse acquérir; il y a seulement accroissement naturel d'une propriété (*agrum augere*) (4). Dans les autres cas, la jurisprudence admet l'acquisition de la propriété pour une raison d'intérêt général. Le point de départ remonte à la disposition des Douze Tables sur le *tignum junctum* (I, 278, 347). Comme les décemvirs, les jurisconsultes refusent au propriétaire de la chose accessoire le droit de la réclamer lorsqu'elle n'est plus reconnaissable, ou lorsque l'adhérence est telle qu'on ne pourrait sans dommage la faire cesser : ils en concluent que la propriété perdue par l'un profite à l'autre (5). Cette idée reçut

(1) Lorsque la chasse est réservée, elle peut être considérée comme un fruit du fonds (p. 229, 6).

(2) ULP., 69 ad Ed., D., XLIII, 17, 3, 4.

(3) Le mot *accessio* reçoit dans les textes classiques un sens concret : il désigne l'objet qui a été uni à un autre (SAB., ap. ULP., 20 ad Sab., D., XXXIV, 2, 19, 13; ULP., 44 ad Sab., *eod*, 23, 1). La question de savoir quelle est la chose principale et quelle est l'accessoire se résout *ex visu rei* ou *ex usu patrisfamilias* (FLOR., 1 Inst., *eod.*, 29; PROC., NERAT., ap. PAUL, 2 ad Vitel., *eod.*, 32, 5). Elle se présente souvent à propos de l'interprétation des legs.

(4) POMP., 1 Fid., D., XXXII, 16.

(5) SERV., LAB., PROC., ap. PAUL, 14 ad Sab., D., XLI, 1, 26, 1 : *In quibus propria qualitas rei spectaretur, si quid additum erit toti cedit, ut statuæ pes...;* JUL., 6 ex Min., D., VI, 1, 61 : *Proprietas totius navis carinæ causam sequitur.* Cf. sur ce texte RICCOBONO, *Bull. dell'Ist. di d. R.*, VIII, 248.

une série d'applications qu'il était difficile de rattacher aux termes de la loi : on justifie l'acquisition de la propriété en invoquant le droit naturel ou le droit des gens.

L'accession se produit lorsqu'une chose s'incorpore à la chose d'autrui et en fait désormais partie intégrante. Elle a lieu dans trois cas : au profit 1° des riverains d'un cours d'eau, 2° des propriétaires fonciers, 3° des propriétaires d'objets mobiliers.

§ 1er. *Accession au profit des riverains d'un fleuve.* — Cette accession n'est possible que si les propriétés riveraines sont des *agri non limitati*. Les limites de ces propriétés varient suivant les modifications du cours de l'eau : tantôt elles s'accroissent insensiblement par voie d'*alluvion*, tantôt elles se resserrent lorsque la force du courant entraîne une portion de terrain le long d'un autre fonds (*avulsion*). Dans ce cas, la propriété n'est pas immédiatement perdue; mais si l'adhérence dure longtemps, si les arbres ont pris racine, il y aura accession pour le fonds qui aura profité de l'accroissement (1).

L'accession se produit également quand le fleuve change de cours (2) : le lit abandonné appartient aux riverains les plus proches (3). Il en est de même de l'île qui se forme au milieu d'un fleuve : c'est l'opinion qui a prévalu contre l'avis de Labéon (4) ; elle a été appliquée au IIIe siècle même aux *agri limitati* (5). L'île, formée au milieu du fleuve, appartient aux propriétaires des fonds situés sur chaque rive. Ce n'est pas une propriété indivise : chacun des riverains a droit à la portion de l'île comprise entre une ligne médiane parallèle aux rives et les deux extrémités de sa propriété sur le bord du fleuve.

(1) Gaius, 2 Aur., D., XLI, 1, 7, 2; Alf., ap. Ulp., 53 ad Ed., D., XXXIX, 2, 9, 2 : *Si unitatem cum terra mea fecerit.*

(2) Le fait se produisait fréquemment dans le nord de l'Italie. Frontin (50, 10 et 20) cite comme exemple le Pô.

(3) Cels., ap. Pomp., 34 ad Sab., D., XLI, 1, 30, 1. Cf. sur les difficultés d'interprétation de ce texte et de Gaius (*eod.*, 7, 5), Riccobono, *Nota sulla dottrina R. dell alveo abbandonato*, 1898.

(4) Gaius, *eod.*, 7, 3 ; Paul, 16 ad Sab., *eod.*, 29. D'après Labéon, l'île était publique comme le fleuve lui-même (6 Pith., D., XLI, 1, 65, 4).

(5) La question était discutée vers le temps de Domitien. Frontin rapporte les détails de la controverse : les riverains, qui souffraient du voisinage du fleuve, demandaient comme dédommagement la propriété du lit abandonné; les jurisconsultes objectaient que ces terrains appartenant à l'Etat ne pouvaient être usucapés. Les riverains obtinrent gain de cause. Dans les *agri limitati*, dit Ulpien (68 ad Ed., D., XLIII, 12, 1, 7), le lit abandonné est au premier occupant : *certe desinit esse publicus.* Ce changement de doctrine est la conséquence de l'édit de Domitien sur les *subcesiva*. La limitation des terres concédées par voie d'assignation avait pour but non seulement de fixer les limites des propriétés, mais aussi de les distinguer des terres qui continuaient à appartenir à l'Etat (*subcesiva, loca excepta*). Or, au Ier siècle de l'Empire, ces *subcesiva* furent peu à peu envahis par les propriétaires

Dans les cas d'alluvion et d'avulsion, il n'y a pas acquisition d'une propriété nouvelle, mais simple accroissement de la propriété qu'on avait déjà. Il en est autrement dans les deux autres cas : le lit abandonné d'un fleuve, l'île qui se forme dans un fleuve sont des choses nouvelles susceptibles d'être appropriées : la propriété en est attribuée aux riverains *ratione vicinitatis* (1).

§ 2. *Accession au profit des propriétaires fonciers.* — Les constructions et plantations sont considérées comme l'accessoire du sol; elles appartiennent toujours au propriétaire du sol, alors même qu'elles auraient été incorporées par un tiers : *superficies solo cedit.* Il y a lieu toutefois de distinguer entre les plantations et les constructions.

La propriété de l'arbre planté dans le terrain d'autrui n'est perdue que lorsque cet arbre a pris racine (2): à dater de ce moment, la perte de la propriété est irrévocable. Il n'en est pas de même des matériaux qui ont servi à une construction : leur incorporation n'en fait pas perdre définitivement la propriété. Mais le propriétaire ne pourra faire valoir son droit que si la maison vient à être détruite; dans l'intervalle, la propriété est éteinte (3).

Le locataire est dans une situation à part et plus favorisée. Labéon l'autorise à enlever, dès la fin du bail, ce qu'il a ajouté à la maison louée, pourvu qu'il promette de ne rien détériorer et de rétablir les lieux dans leur état primitif. Celsus accorde le même droit au possesseur de bonne foi pour ses plantations et constructions; mais le texte, vraisemblablement interpolé, n'est probant que pour le droit de Justinien (4)

§ 3. *Accession au profit des propriétaires d'objets mobiliers.* —

voisins (Frontin, 53, 22). Vespasien essaya de faire valoir les droits de l'Etat qu'une longue possession avait fait méconnaître, mais sa décision causa en Italie une émotion telle qu'il fallut en suspendre l'exécution. Un édit de Domitien rassura les possesseurs des *subcesiva :* il les leur concéda comme s'ils les avaient usucapés (Suet., *Dom.*, 9). En permettant aux riverains d'occuper le lit abandonné, la jurisprudence ne fit qu'appliquer aux fleuves l'édit sur les *subcesiva.* Cf. Brugi, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani comparate a quelle del Digesto*, 1897, p. 417.

(1) Pegas., ap. Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 1, 9, 4; Gaius, D., XLI, 1, 7, 5.

(2) Alf., Nerva, ap Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 1, 5, 3.

(3) Jul., 6 ex Min., *eod.*, 59. Gaius pense au contraire que la propriété subsiste, mais que la loi des Douze Tables fournit au propriétaire de la maison le moyen d'écarter toute réclamation du propriétaire des matériaux. Gaius restreint cette solution au constructeur de bonne foi; le constructeur de mauvaise foi est réputé avoir renoncé à la propriété de ses matériaux (2 Aur., D., XLI, 1, 7, 10 et 12). Cette distinction a été écartée par Caracalla (C., III, 32, 2). — La disposition des Douze Tables sur le *tignum junctum* (t. I[er], p. 278 et 347) a été maintenue par le droit classique; on l'a étendue aux matériaux non volés.

(4) Lab., D., XIX, 2, 19, 4; Cels., D., VI, 1, 38. Cf. Pernice, *Labeo*, II, 294.

1° Lorsque deux choses mobilières, appartenant à des propriétaires différents, ont été unies par le fait d'un seul, le propriétaire de la chose principale devient propriétaire de la chose accessoire. On a, par exemple, adapté à une statue un pied ou une main, à une coupe un fond ou une anse; on a fixé une pièce de bois à un navire; on a mis du ciment à une construction; on a tracé des lettres sur un parchemin (1). Dans ces divers cas, la propriété n'est définitivement perdue pour le propriétaire de la chose accessoire, que si cette chose n'a plus son individualité ou ne peut être séparée de la chose principale : tel est, d'après les Sabiniens, le cas de l'anse adaptée à un vase en forgeant le métal (*ferruminatio*) (2). Il en serait autrement si l'on avait fait une simple soudure (*adplumbatura*) : le propriétaire de la chose accessoire pourrait en exiger la séparation.

2° Lorsque les choses mobilières réunies accidentellement en une seule masse sont des quantités et non des corps certains, il n'y a plus ni principal ni accessoire, car les quantités de même espèce sont équivalentes entre elles. Alors de deux choses l'une : ou il y a eu confusion de liquides, et dans ce cas chacun des propriétaires acquiert la copropriété d'une part correspondant à la quantité qui lui appartenait au moment de la confusion (3); ou il y a eu mélange de corps solides qu'on ne peut aisément séparer les uns des autres, comme des grains de blé, et dans ce cas chacun des propriétaires peut réclamer la propriété d'une quantité égale à celle qu'il avait antérieurement : il n'y a pas indivision (4). — Il en est autrement pour les pièces d'argent, lorsqu'elles ont été mélangées de manière qu'on ne puisse les reconnaître; celui qui les possède en a la propriété exclusive, mais il est débiteur d'une quantité égale à celle qu'il a acquise (5).

III. Acquisition des fruits. — § 1er. *Notion des fruits.* — Le mot *fructus* a reçu des acceptions diverses. Anciennement il désignait les produits naturels et périodiques d'un arbre ou, plus

(1) P. 225, 5. Paul, 21 ad Ed., *eod.*, 23, 4 : *Mea res per prævalentiam alienam rem trahit, meamque efficit.* Il en est autrement, d'après Gaius (*eod.*, 9, 2), de la peinture : le tableau est toujours réputé la chose principale; la table sur laquelle il a été peint n'est qu'un accessoire. Cette distinction entre la peinture et l'écriture est écartée par Paul (D., VI, 1, 23, 3).

(2) Cass., ap. Paul, *eod.*, 23, 5 : *Quia uno spiritu continetur.* Proculus, Pegasus étaient d'un avis contraire (ap. Pomp., 30 ad Sab., D., XLI, 1, 27, 2).

(3) Pomp., ap. Ulp., D., VI, 1, 3, 2. Paul, *eod.*, 4; Inst., II, 1, 27.

(4) *Inst.*, II, 1, 28 Pomp., ap. Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 1, 5 pr.

(5) Cette règle a été introduite par l'un des chefs de l'école sabinienne, G. Cassius Longinus (ap. Jav., 11 ex Cassio, D., XLVI, 3, 78). C'est à lui également que l'on doit la règle sur l'effet libératoire du payement fait avec l'argent d'autrui lorsque les deniers ont été consommés sans dol par le créancier (Pomp., *eod.*, 17).

généralement, de la terre, produits qui servaient à la nourriture de l'homme et des animaux (1). D'après Julien, on appelle fruit le revenu périodique du sol ou de tout autre élément du patrimoine (mines et carrières) (2). De cette définition il résulte que ce qui caractérise le fruit, c'est la périodicité du profit pécuniaire que l'on retire d'un élément quelconque du patrimoine. Telle est l'idée exprimée par le mot *reditus*. Cette notion, infiniment plus large que la notion antique, prouve que les Romains ont admis la distinction du capital et des revenus au point de vue juridique comme au point de vue économique (3); ils n'en sont pas restés à la conception des fruits considérés comme produits organiques d'une chose. De là plusieurs conséquences :

1° Les produits naturels de la terre ne sont pas toujours des fruits : les arbres sont des fruits quand ils sont compris dans une coupe réglée; s'ils ont été abattus par le vent, ils font partie du capital (4). De même les enfants d'une esclave ne sont pas des fruits, bien que ce soient des produits naturels (5).

2° A l'inverse, on attribue le caractère de fruits : *a*) à des choses qui ne sont pas des produits organiques du sol : le gibier pris à la chasse, le miel (6). La seule condition, c'est que le miel, le produit de la chasse, soit considéré comme le revenu du fonds. *b*) Aux revenus que l'on tire d'une chose en vertu d'un contrat; c'est ce qu'on appelle aujourd'hui fruits civils : le loyer d'une maison (7) ou d'un fonds de terre (8), le fret d'un navire, les intérêts des créances, qui ne sont rien moins que des produits organiques (9).

Les diverses acceptions du mot fruit qui viennent d'être signalées présentent un trait commun : elles comprennent la totalité du revenu périodique de la chose, le revenu *brut*. Le

(1) Jav., 5 ex Post., D., XXXIII, 2, 42 : *In fructu id esse intelligitur, quod ad usum hominis inductum est...* Le croît des animaux n'était pas encore traité comme un fruit, car, même à l'époque classique, on juge utile de le citer à côté des fruits (Paul, II, 17, 7).

(2) Ap. Paul, 49 ad Ed., D., L, 16, 77. Cf. Ulp., D., XXIV, 3, 7, 14; Lab., ap. Ulp., D., VII, 1, 12 pr.

(3) Cf. Czyhlarz-Gluck, I, 389; Dernburg, I, 176; v. Petrazycki, *Einkommen*, 1893, I, 239.

(4) Ulp., 31 ad Sab., D., XXIV, 3, 7, 12. Cf. Lab., D., VII, 1, 12 pr.

(5) C'est l'opinion qui a prévalu sous l'influence de Brutus (D., VII, 1, 68 pr.).

(6) Jul., 6 ex Min., D., XXII, 1, 26; Ulp., 20 ad Sab., D., XXXIII, 7, 10; 12, 12.

(7) Paul, 6 ad Plaut., D., XXII, 1, 38, 13; Ulp., 61 ad Ed., D., XLII, 5, 8, 2.

(8) Ulp., 15 ad Ed., D., V, 3, 29; D., XXII, 1, 34.

(9) Pap., 6 Quæst., D., VI, 1, 62 pr. : *Vectura... non natura pervenit, sed jure percipitur.* Pomponius (6 ad Q. Muc., D., L, 16, 121) dit que les intérêts ne sont pas des fruits, mais c'est là un vestige de la conception antique, comme le prouve la fin du texte : *Quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est.*

mot fruit désigne aussi le revenu *net*, déduction faite des impenses (1). Cette nouvelle acception apparaît dans les écrits de Labéon et de Sabinus. Les impenses dont le montant était déduit de la valeur des fruits furent d'abord celles que l'on avait faites pour la production, la récolte et la conservation des fruits, par opposition à celles qui étaient faites pour le fonds lui-même (2). Plus tard on y comprit toutes les dépenses qui reviennent périodiquement, telles que les frais de transport, les impôts (3). C'est dans la matière du régime dotal, pour le règlement des rapports des époux quant à la restitution de la dot, que la jurisprudence a senti la nécessité de cette nouvelle acception du mot fruit. Elle l'a ensuite appliquée aux rapports de l'usufruitier et du nu propriétaire (4).

§ 2. *Acquisition des fruits.* — 1° *Par le propriétaire.* La question de l'acquisition des fruits ne peut se poser tant qu'ils sont encore pendants : les fruits pendants sont une partie intégrante du fonds (5). Une fois séparés, ils forment une chose nouvelle susceptible d'être l'objet d'un droit de propriété. On les considère, non comme une *res nullius,* mais comme un accessoire de la chose frugifere; par suite, ils appartiennent au propriétaire de cette chose, comme un prolongement de son droit de propriété. Il y a droit *jure corporis*, non *jure seminis*. De là deux conséquences : 1° l'enfant né d'une esclave appartient au propriétaire de la mère; 2° les fruits séparés appartiennent au propriétaire de la chose frugifère, alors même qu'il ne la posséderait pas, et qu'il n'aurait ni semé ni récolté (6).

Dans certains cas cependant les fruits appartiennent à un autre qu'au propriétaire : 1° en cas de bail à ferme ou de colonat partiaire. Le fermier ou le colon acquiert les fruits en les percevant *voluntate domini*, donc par tradition (7). Il y a ici les deux éléments essentiels à toute tradition translative de propriété : un fait matériel d'appréhension (*percipere*), la volonté de l'aliénateur (*animus transferendi dominii*). Cette volonté résulte du contrat par lequel le bailleur s'est engagé à faire jouir le preneur. Si le bailleur change d'idée, si, par exemple, il expulse

(1) Diocl., C., VII, 51, 1; Lab., ap. Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 1, 10, 9.
(2) Sab., ap. Paul, 20 ad Ed., D., V, 3, 36, 5.
(3) Ulp., *loc. cit.;* Paul, 7 Brev., D., XXV, 1, 13.
(4) Cels., ap. Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 1, 7, 2.
(5) Pomp., 31 ad Q. Muc., D., XIX, 1, 40; Gaius, 29 ad Ed. prov., D., VI, 1, 44; Lab., ap. Venul., 6 Inst., D., XLII, 8, 25, 6.
(6) Jul., 7 Dig., D., XXII, 1, 25, 1.
(7) Jul., ap. Afric., 8 Quæst., D., XLVII, 2, 62, 8; Ulp., 42 ad Sab., D., XXXIX, 5, 6. Contra : Karlowa, II, 420.

le preneur, celui-ci cesse d'acquérir les fruits; il n'a droit qu'à une indemnité pour défaut de jouissance. 2° Lorsqu'un tiers a sur la chose un droit réel de jouissance comme l'usufruitier, il acquiert les fruits indépendamment de la volonté du propriétaire, mais à la condition de les percevoir (p. 276, 7).

La théorie qui attribue les fruits au propriétaire à titre d'accessoire a été formulée au IIe siècle par Julien. Anciennement les fruits d'un champ abandonné par son propriétaire étaient attribués à celui qui le cultivait (*pro cultura et cura*) : c'était la compensation des soins donnés à la culture. Cette règle s'appliquait aux fruits *industriels;* ils appartenaient au possesseur dès l'instant de leur séparation. Il y avait là une acquisition analogue à celle qui se produit en cas de spécification (1). Les fruits *naturels*, au contraire, pouvaient être revendiqués par le propriétaire du fonds tant qu'ils existaient en nature, à moins qu'ils n'eussent été usucapés.

2° *Par le possesseur de bonne foi.* — Vers la fin de la République, une idée nouvelle se fait jour : l'acquisition des fruits n'est plus la compensation des soins donnés à la culture; c'est l'un des avantages que confère la possession. Le possesseur est, quant aux fruits, assimilé au propriétaire : il en acquiert la propriété dès qu'ils sont séparés de la chose frugifère. C'est la conséquence du rapprochement établi entre la possession et la propriété; dès lors, il n'y a plus lieu de distinguer entre les fruits industriels et les fruits naturels.

Tous les possesseurs n'ont pas droit aux fruits : on distingue les possesseurs de bonne et de mauvaise foi. Le possesseur de bonne foi est quant aux fruits *pæne loco domini* (2). L'assimilation du possesseur au propriétaire se justifie par une raison d'équité : les fruits sont considérés comme le revenu de la terre; or la destination des revenus est d'être dépensés. Celui qui, de bonne foi, a possédé un fonds dont il se croyait propriétaire a réglé ses dépenses d'après ses revenus; il a vécu plus largement (*lautius vixit*) (3). Il serait inique de l'obliger, lorsque le propriétaire revendique, à rendre des revenus dont il a fait emploi. Sans doute, le propriétaire du fonds va subir une perte, mais ce sera la peine de sa négligence; il a eu tort de laisser la chose aux mains d'un tiers. Bien différente est la situation du possesseur de mauvaise foi : il ne peut prétendre conserver les fruits

(1) Pomp., 22 ad Q. Muc., D., XXII, 1, 45; Inst., II, 1, 35.
(2) Paul, 6 ad Plaut., D., XLI, 1, 48 pr.
(3) Marcel., ap. Ulp., D., V, 3, 25, 12; Ulp., *eod.*, 25, 16. Cf. p. 50, 7.

au préjudice du propriétaire. Ce serait un enrichissement injustifié (1).

Le possesseur de bonne foi a donc seul droit aux fruits; il les gagne, comme le propriétaire, dès l'instant de la séparation. On remarquera qu'ici la bonne foi suffit : il n'est pas nécessaire qu'elle soit appuyée sur une *justa causa*. D'où il suit qu'on peut acquérir les fruits d'une chose qu'on ne peut usucaper (2). A l'inverse, il y a des cas où l'on peut acquérir la propriété par usucapion, alors qu'on ne peut plus acquérir les fruits : l'acquisition des fruits ne résulte pas, comme l'acquisition de la propriété, d'un fait unique, mais d'une série de faits distincts les uns des autres. Aussi le possesseur ne gagne-t-il les fruits que tant qu'il est de bonne foi : telle est l'opinion exprimée par Paul. Elle n'était pas encore admise au siècle précédent : Julien attribuait les fruits à l'acheteur de bonne foi tant qu'il n'a pas été évincé (3).

§ 3. *Distinction des fruits existants et des fruits consommés.* — La règle sur l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi a été modifiée à une époque qu'on ne peut déterminer avec précision. Désormais le possesseur de bonne foi ne gagne que les fruits consommés : il doit rendre les fruits existants (4). Cette innovation a été vivement critiquée : on conçoit difficilement que l'acquisition des fruits dépende d'un fait accidentel et postérieur à la séparation; il est, d'autre part, peu pratique de laisser la propriété des fruits en suspens tant qu'ils ne sont pas consommés (5).

IV. Spécification. — Il y a spécification (6) lorsque, avec une

(1) Pomp., ap. Paul, 7 ad Plaut., D., XLI, 1, 48, 1.

(2) *Ibid. : Hoc enim ad jus, id est capionem, illud ad factum pertinere ut si quis bona aut mala fide possideat.*

(3) Paul, *loc. cit.*, 48 pr.; Jul., 7 Dig., D., XXII, 1, 25, 2.

(4) La difficulté qu'il y a à fixer la date de cette innovation vient surtout de deux constitutions : l'une de Dioclétien où la distinction des fruits existants et consommés est admise (C., III, 32, 22); l'autre de Valentinien et Valens où la règle du droit classique est encore consacrée (*C. Th.*, IV, 18, 1). Peut-être la constitution de Dioclétien s'appliquait-elle à la pétition d'hérédité et non à la revendication (Cf. Czyhlarz-Glück, p. 563, qui considère les textes classiques comme interpolés). Ce qui est certain, c'est que la règle nouvelle a prévalu dans le dernier état du droit (Inst., II, 1, 35).

(5) Petrazycki (*Fruchtvertheilung*, 1892, p. 146) a cherché à justifier cette règle en se fondant sur l'état économique de l'empire romain au Bas-Empire. Il était rare que le possesseur conservât plus de fruits qu'il n'était nécessaire pour les besoins courants de la propriété. Karlowa (II, 426) pense au contraire que la règle remonte à l'époque classique : le juge de l'action pétitoire avait qualité pour ordonner la restitution des fruits.

(6) Le mot spécification, de *speciem facere*, n'est pas romain : il a été forgé par les modernes.

matière appartenant à autrui (1), on fabrique une chose d'une forme nouvelle (*species nova*), par exemple avec du marbre une statue, avec des raisins du vin, avec des olives de l'huile (2). Il faut d'ailleurs que le travail n'ait pas eu lieu en vertu d'un accord préalable avec le propriétaire de cette matière.

La transformation subie par la matière a-t-elle une influence sur le droit de celui à qui elle appartenait? La question fut discutée entre Sabiniens et Proculiens Les premiers soutenaient que la matière constitue la substance des choses : la propriété doit subsister quelle que soit la forme donnée à la matière. Pour les Proculiens, ce qui est décisif, c'est la forme et la destination de la chose : si elles changent, la chose change également (3); un objet nouveau prend la place de celui qui existait précédemment : il appartient au spécificateur. Tandis que les Sabiniens ne tenaient compte que de la matière, les Proculiens pensaient que le travail méritait lui aussi d'être protégé. On conçoit qu'à une époque où le développement économique est peu avancé, on ait donné la prépondérance à la matière; mais à mesure que la valeur du travail est plus appréciée, ses droits grandissent et sont pris en considération par la loi (4).

Au cours du IIe siècle, une opinion intermédiaire se fit jour : si la chose peut être ramenée à sa forme antérieure, elle appartient au propriétaire de la matière, sinon au spécificateur (5). Cette opinion, bien qu'elle ait fini par prévaloir, est peu satisfaisante : elle fait dépendre la solution de la question d'un fait accidentel; elle ne tient pas compte de la valeur peut-être consi-

(1) La question se pose également en matière de legs lorsque le testateur a transformé la chose léguée : s'il y a une *nova species*, le légataire ne peut la réclamer (MARCEL., Resp., D., XXXIV, 2, 6, 1; PAUL, 5 ad l. Jul. et Pap., D., XXXII, 88, 1).

(2) Il n'y aurait pas spécification si l'on avait teint avec de la pourpre la laine d'autrui (LAB., ap. PAUL, 14 ad Sab., D., XLI, 1, 26, 3), ou battu des épis pour en faire sortir le blé (GAIUS, 2 Aur., *eod.*, 7, 7 *in fine*).

(3) Sur les idées philosophiques qui ont inspiré les deux écoles, cf. SOKOLOWSKY, *Z. Sav. St.*, XVII, 252.

(4) Certains interprètes ont contesté que la propriété de la *species nova* ait été attribuée au spécificateur, en raison de son travail; il en deviendrait propriétaire par voie d'occupation, comme d'une *res nullius*. Cette manière de voir semble trouver un appui dans un passage où Gaius (*l. c.*) rapporte la raison invoquée par Nerva et Proculus (*Putant hunc dominum esse qui fecerit, quia, quod factum est, antea nullius fuerat*). Mais le raisonnement que Gaius prête à ses adversaires n'est pas exact, sans quoi la propriété n'aurait pas nécessairement appartenu au spécificateur : elle aurait été au premier occupant. Inst. (II, 25, 1) prouve que les Romains tenaient compte ici de la valeur du travail : *operam suam dedit*.

(5) GAIUS, *loc. cit.*; POMP., ap. ULP., 16 ad Ed., D., VI, 1, 5, 1. D'après Ferrini (*Bull. di d. R.*, II, 182, 231), le premier texte serait interpolé; le second exprimerait une doctrine Proculienne et ne serait pas exempt d'altération. Mais la même doctrine se retrouve dans Paul (14 ad Sab., D., XLI, 1, 24).

dérable que le travail de l'artiste a donnée à la chose (1). Quoi qu'il en soit, il y a là une restriction à l'acquisition de la propriété par spécification. Les jurisconsultes du IIIe siècle paraissent en avoir admis une autre : la bonne foi. Paul déclare que le spécificateur de mauvaise foi ne devient pas propriétaire. La loi ne saurait en effet protéger que le travailleur de bonne foi (2).

Dans les cas où la propriété de la *nova species* est au spécificateur (3), le propriétaire de la matière a-t-il droit à une indemnité en raison de la perte qu'il subit? S'il a été victime d'un vol, il aura l'action *furti* et la *condictio furtiva;* il aura même, depuis l'époque où la bonne foi a été exigée pour l'acquisition de la propriété, la revendication (4). Que si la chose n'a pas été volée (5), ou si le spécificateur a été de bonne foi, la propriété semble perdue sans compensation : le propriétaire de la matière subit la peine de sa négligence (6).

II

TRANSFERT CONVENTIONNEL DE LA PROPRIÉTÉ.

I. Différence entre le droit romain et le droit français. — Le principe du droit romain en cette matière est que l'accord de volontés des parties ne suffit pas pour transférer la propriété. Il faut que cet accord se manifeste soit en la forme solennelle de la mancipation ou de l'*in jure cessio*, soit sans aucune formalité, par une simple tradition (7). Deux éléments sont donc nécessaires : l'un intellectuel, l'autre formel ou matériel. C'est ce que les anciens commentateurs exprimaient en distinguant le *titulus* et le *modus adquirendi*. Le *titulus*, vente ou donation, ne confère

(1) Justinien (*Inst.*, II, 1, 25) paraît écarter cette distinction dans le cas où le spécificateur a utilisé pour partie une matière qui était à lui.

(2) 26 ad Ed., D., X, 4, 12, 3. Ici encore on a prétendu que ce texte est interpolé. Mais si l'on supprime le passage relatif à la mauvaise foi, on met Paul en contradiction avec lui-même, puisqu'il attribuerait la chose au propriétaire de la matière alors qu'elle ne peut revenir à sa forme antérieure.

(3) Dans le cas inverse, le spécificateur pouvait-il réclamer la plus-value qu'il avait donnée à la chose? Aucun texte ne prévoit cette hypothèse.

(4) Paul, 54 ad Ed., D., XLI, 3, 4, 20; Ulp., 37 ad Ed., D., XLVII, 2, 52, 14.

(5) Le mot vol est pris ici dans un sens large : il comprend même le vol avec violence. Gaius (II, 79) autorise la *condictio furtiva* contre d'autres possesseurs que les voleurs. Cf. Gluck-Czyhlarz (ad D., XLI, 1), p. 380.

(6) Jhering, *OEuvres choisies*, I, 307. Rien ne prouve qu'il ait eu une *condictio sine causa*. Gaius (11 ad Ed., prov., D., XXIV, 1, 30) accorde bien une action utile, mais seulement dans les rapports entre époux.

(7) Diocl., C., II, 3, 20 : *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur.*

qu'un droit de créance à l'acheteur ou donataire. Le vendeur ou donateur conserve la propriété jusqu'à la tradition qui est le *modus adquirendi* (1). C'est là une différence profonde avec le principe posé par l'article 1138 du Code civil : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite... »

L'innovation consacrée par le Code civil ne constitue pas un progrès : elle a simplifié les conditions requises pour le transfert de la propriété, mais cette simplification n'a été obtenue qu'aux dépens de la sécurité des tiers. Les formes solennelles requises par le droit romain avaient l'avantage de donner au transfert de propriété une certaine publicité : l'acte avait lieu en présence de témoins, ou par-devant le magistrat sur la place publique; la tradition elle-même, bien que dépourvue de toute solennité, avertissait les tiers du changement de propriétaire. Rien de pareil dans le système du Code civil : l'acquisition de la propriété est indépendante de l'acquisition de la possession. Ce système a paru si dangereux qu'un demi-siècle après la promulgation du Code, la loi du 23 mars 1855 a établi une formalité destinée à assurer la publicité des actes entre vifs translatifs de propriété immobilière : la transcription de l'acte sur les registres du conservateur des hypothèques. La législation romaine a donc été bien inspirée en maintenant le principe que le simple consentement est insuffisant pour opérer le transfert de la propriété (2).

II. Les trois modes de transfert. — Les trois modes de transfert conventionnel de la propriété sont la mancipation, l'*in jure cessio*, la tradition. Les deux premiers sont des modes solennels consacrés par le droit civil; le troisième est un mode non solennel du droit des gens. Les deux premiers sont des *actus legitimi* qui ne comportent aucune modalité expresse : la tradition peut être affectée d'une condition. La tradition n'est possible que pour les choses corporelles; la mancipation et l'*in jure cessio* s'appliquent à certaines choses incorporelles (3).

(1) Entre deux personnes qui ont acheté une même chose, on préfère celle qui la première a reçu tradition (Diocl., C., III, 32, 15 pr.) : *Cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potiorem.* Cf. Hoffmann, *Die Lehre von titulus und modus acquirendi*, 1873.

(2) Ce principe comporte quelques exceptions (p. 211; 214, 1). Cf. Biermann, *Traditio ficta*, 1891.

(3) La tradition ne permet pas non plus à l'aliénateur de retenir une servitude (Paul., *Vat. fr.*, 47 a) : de la possession qu'il transmet, il ne peut déduire une chose non susceptible de possession.

De ces trois modes, le moins usité est l'*in jure cessio* (1) (I, 266, 2). La mancipation est employée pour les *res mancipi;* on l'a parfois appliquée à des *res nec mancipi* d'une certaine importance (2) et à des *universitates rerum* (3). L'usage de la mancipation se maintint d'autant plus aisément qu'on fut moins exigeant pour l'accomplissement des solennités (4) : faculté de transférer la propriété sans transmettre la possession; dispense de se rendre sur les lieux pour l'aliénation d'un immeuble (5); faculté de manciper plusieurs immeubles ensemble (I, 258, 1); réduction du nombre des personnes dont la présence était requise (6).

Quant à la tradition, c'est le mode normal d'acquérir la propriété quiritaire des *res nec mancipi*, et la propriété *sui generis* qu'on peut avoir sur les fonds provinciaux. Elle fait également acquérir sur les *res mancipi* l'*in bonis*, en attendant qu'il se transforme en propriété quiritaire par l'usucapion (I, 512). C'est enfin un mode du droit des gens, accessible aux pérégrins.

III. Conditions requises pour la tradition (7). — Trois conditions sont nécessaires : 1° la capacité de l'aliénateur; 2° la remise de la chose; 3° la volonté réciproque d'aliéner et d'acquérir. Il faut de plus, lorsque la tradition a lieu en exécution d'une vente *au comptant*, le payement du prix ou une satisfaction équivalente fournie au vendeur (I, 269, 1).

1° *Capacité*. — Pour être valable, tout mode de transfert conventionnel doit, en principe, émaner du propriétaire (8) : encore faut-il qu'il soit capable d'aliéner (9). Dans certains cas, un non-propriétaire a le droit d'aliéner la chose d'autrui : le curateur d'un fou (I, 313, 3), le créancier hypothécaire. A l'inverse, un propriétaire capable est parfois privé du droit d'aliéner soit

(1) Elle existait encore au temps de Dioclétien : C. Herm., VII, 1; cf. *C. I. L.*, XIV, 715.

(2) Perles : Plin., *H. n.*, IX, 35, 117 et 124. Urnes cinéraires : *C. I. L.*, VI, 10241. *Columbaria :* Fabretti, p. 53, n° 307. *Prædium vectigale* : Cic., *De lege agr.*, III, 2, 9; Plin., *Ep.*, VII, 18, 2. Fonds provincial : *C. I. L.*, III, 2, p. 940.

(3) La formule de la mancipation doit ici contenir l'énumération de chacun des objets compris dans l'*universitas* (Diocl., C. Herm., VII, 1).

(4) Les pérégrins eux-mêmes font usage de la mancipation, bien qu'elle ne puisse produire à leur égard ses effets ordinaires. Voir les triptyques de Transylvanie : *C. I. L.*, III, p. 941.

(5) Gaius, IV, 17, 131; I, 121.

(6) L'*antestatus* (I, 254, 3) se confond désormais avec l'un des témoins : Papyrus de Berlin, 327.

(7) Pour les conditions de la mancipation, voyez I, 253, 733; pour l'*in jure cessio*, I, 441.

(8) Ulp., 29 ad Sab., D., XLI, 1, 20 pr. : *Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit.*

(9) Gaius, 12 ad Ed. prov., D., XXVI, 8, 9, 1.

par la loi (1), soit par autorité de justice : le mari ne peut aliéner le fonds dotal sans le consentement de la femme (p. 106); les fonds ruraux ou suburbains des pupilles et des mineurs de vingt-cinq ans ne peuvent être aliénés sans un décret du magistrat (p. 158; 163). Le Préteur peut, sur la demande des créanciers d'une succession, défendre à l'héritier suspect d'aliéner aucun bien héréditaire; celui qui, en connaissance de cause, lui achèterait un de ces biens ne pourrait l'usucaper (2). — L'inaliénabilité ne peut être établie par convention (3) : une pareille clause n'est efficace qu'entre les parties; elle autorise le créancier, au cas où elle n'est pas observée, à exercer une action personnelle dans la mesure de son intérêt (4). Sévère et Caracalla permettent exceptionnellement au testateur d'interdire en faveur de ses enfants, affranchis ou héritiers, l'aliénation d'un bien héréditaire (5).

2° *Remise de la chose.* — La tradition consiste en un transfert de possession (6) : elle s'effectue suivant les règles déjà exposées à propos de la possession. De là une triple particularité : *a*) la tradition ne peut émaner que d'une personne qui a la possession; *b*) elle peut avoir lieu entre absents; *c*) elle peut se faire par l'intermédiaire d'autrui : l'acquéreur aussi bien que l'aliénateur peuvent être représentés par un tiers (7).

3° *Volonté réciproque.* — L'acquisition de la possession n'entraîne pas de plein droit l'acquisition de la propriété : il faut qu'elle ait lieu en vertu d'une *justa causa*, ou tout au moins que l'aliénateur et l'acquéreur aient la volonté réciproque d'aliéner et d'acquérir. — Cette règle n'a pas été tout d'abord formulée avec cette généralité : on a admis certaines causes d'acquisition telles que la vente, la donation, la constitution de dot, avant d'arriver à la notion abstraite de la juste cause. Puis on s'est con-

(1) Un édit d'Auguste interdit à celui qui revendique un fonds italique d'aliéner le fonds litigieux (Fr. *de jure fisci*, 8 ; Gaius, IV, 117). L'aliénation n'est pas nulle, mais elle n'est pas opposable au défendeur qui peut écarter l'acquéreur par une exception.

(2) Jul., 44 Dig., D., XLI, 4, 7, 5; Ulp., 2 de omn. trib., D., XLII, 5, 31, 4; Ulp., *l. c.*, 31, 1. L'héritier est suspect lorsque sa solvabilité est douteuse.

(3) Pomp., 9 ad Sab., D., II, 14, 61.

(4) Scæv., 5 Resp., D., XLV, 1, 135, 3; Paul, 33 ad Ed., D., XIX, 1, 21, 5.

(5) Marc., 8 Instit., D., XXX, 114, 14.

(6) *Tradere de manu in manum* (Cic., *Ad fam.*, VII, 5, 3). *Per manus tradere* (Pap., D., XXIX, 7, 10). Ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα : Papyrus de Berlin (Wilcken, *Hermes*, XIX, 419), du British Museum (Wessely, *Wiener Studien*, IX, 267, l. 36), du Louvre (p. 230, l. 11, 18). *Vacuam possessionem tradere* (Paul, 5 ad Sab., D., XIX, 1, 2, 1).

(7) Le *procurator* agissant *voluntate domini* est mis sur la même ligne que le fils de famille ou l'esclave (Ulp., D., VI, 1, 41, 1. Cf. Gaius, D., XLI, 1, 9, 4).

tenté de l'*animus transferendi et acquirendi dominii*. En général la tradition suppose une convention préalable (1), le *tradens* veut rendre l'*accipiens* propriétaire, et celui-ci entend acquérir la propriété (2) ; mais cela n'est pas rigoureusement nécessaire. Si, par exemple, j'achète une chose à une personne qui en est, à mon insu, propriétaire, la tradition n'en transférera pas moins la propriété (3). Il n'est pas non plus nécessaire qu'on ait la volonté de transférer la chose à une personne déterminée : tel est le cas du magistrat qui jette à la foule des pièces de monnaie (4). En somme, la *justa causa*, au sens primitif, n'est plus que le signe auquel on reconnaît d'ordinaire la volonté réciproque d'aliéner et d'acquérir. Cette cause de la tradition consiste toujours, sauf dans la donation, en une contre-valeur promise ou reçue. Là où elle n'existe pas, là où il n'y a pas non plus intention de libéralité, la tradition ne transfère pas la propriété, par exemple en cas de dépôt ou de louage.

S'il est utile de rechercher la cause de la tradition pour savoir si les parties ont eu la volonté réciproque d'aliéner et d'acquérir, il ne faut pas en conclure que l'effet de la tradition soit subordonné au but que les parties se proposaient respectivement. L'erreur commise sur ce but n'empêche nullement la volonté d'aliéner et d'acquérir (5) : le payement de l'indu en est un

(1) Jav., 12 *Ep.*, D., XLIV, 7, 55.

(2) Ulp., XIX, 7 : *Harum rerum dominium nuda traditione adprehendimus, scilicet si ex justa causa tradita sunt nobis*. Si ce texte exprime le droit en vigueur au temps d'Ulpien, la *justa causa* n'est plus le fait juridique antérieur à la tradition et qui la motive : elle se confond avec la volonté d'aliéner et d'acquérir. Mais Paul (31 ad Ed., D., XLI, 1, 31 pr.) les distingue : *Si venditio aut aliqua justa causa præcesserit propter quam traditio sequeretur*. De là, entre les interprètes, des divergences sur la conception de la *justa causa*. Il est, croyons-nous, préférable de s'attacher aux décisions concrètes données par les textes qu'à des règles abstraites formulées peut-être pour des cas spéciaux.

(3) Paul, D., XXII, 6, 9, 4 : *Plus in re est quam in existimatione mentis*.

(4) Inst., II, 2, 46. Est-ce à dire que la tradition puisse résulter d'un acte unilatéral, dépendant de la seule volonté du *tradens ?* On pourrait le croire d'après Gaius (D., XLI, 1, 9, 3) : *Nihil tam conveniens est naturali æquitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi*. Mais Gaius voulait sans doute faire remarquer que la volonté du propriétaire est ici l'élément décisif pour le transfert de la propriété. C'est en quoi la tradition est conforme à l'équité naturelle, à la différence de la mancipation et de l'*in jure cessio* qui sont des modes du droit civil. Il est si vrai que la volonté du propriétaire est l'élément décisif que, si elle fait défaut, l'acquéreur pourra avoir la possession, mais non la propriété. Si par exemple un acheteur se met en possession de la chose vendue, sans le consentement du vendeur, on le traite comme un usurpateur (*prædo*) (Paul, 63 ad Ed., D., XLI, 2, 5 ; Pomp., 32 ad Sab. *eod.*, 33).

(5) On dit souvent que la tradition est un acte abstrait comme la mancipation et l'*in jure cessio*. Cette manière de voir, présentée par Savigny (*Das Obligationenrecht*, trad II, 420), est critiquée par Strohal (*Jherings Jahrb.*, XXVII, 324) ; Perozzi (*Tradizione*, p. 140) ; Ferrini (*Manuale di Pandette*, p. 400).

exemple. Il en est de même de l'erreur qui porte sur la nature de l'acte : si vous avez entendu me donner une somme d'argent, que j'ai cru recevoir à titre de *mutuum*, la propriété est transférée (1); mais dans ce cas comme dans le précédent le *tradens* aura, pour recouvrer la valeur transmise, une action personnelle (*condictio*) fondée sur un enrichissement sans cause. Telle est la doctrine de Julien et des jurisconsultes du IIe siècle. Ulpien n'admet pas cette manière de voir : d'après lui, le but des parties est une condition tacite à laquelle est subordonné le transfert de propriété (2). Il y a là un progrès réalisé par la jurisprudence au moins dans certains cas : *a*) Lorsque l'erreur porte sur l'identité de l'objet, elle exclut l'*animus* nécessaire à la tradition (3). *b*) Lorsque le *tradens* livre la chose en qualité de mandataire, croyant qu'elle appartient au mandant, alors qu'en réalité c'est lui qui en est propriétaire, l'erreur commise exclut la volonté d'aliéner (4). Dans ces deux cas, le *tradens* peut revendiquer l'objet livré : il a un droit opposable aux tiers.

IV. Tempéraments d'équité : *Exception* rei venditæ et traditæ. — La théorie de la tradition a été progressivement élargie par la jurisprudence. Dans plusieurs cas, malgré l'absence d'une des conditions requises pour que la tradition transfère la propriété, il a paru équitable de protéger l'acquéreur et de lui assurer, en fait, une situation analogue à celle d'un propriétaire.

Cette doctrine, de bonne heure appliquée à la tradition d'une *res mancipi* (I, 513), l'a été ensuite : 1° dans le cas d'une tradi-

(1) Jul., 13 Dig., D., XLI, 1, 36 : *Constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod circa causam dandi et accipiendi dissenserimus.* Par exception, si la tradition est faite en vue de réaliser un acte illicite, comme une donation entre époux, la nullité de la cause entraîne la nullité du transfert (Ulp., 32 ad Sab., D., XXIV, 1, 3, 10).

(2) Cette doctrine n'est que la généralisation de la règle des Douze Tables qui subordonne l'efficacité de la tradition faite en exécution d'une vente au comptant à la condition tacite du payement du prix. On remarquera que la condition affecte, non pas le transfert de la possession qui est un fait matériel sur lequel la modalité n'a aucune prise, mais l'acte qui motive la tradition, ou le transfert de propriété que les parties ont en vue.

(3) *Non puto errantem adquirere* (Ulp., D., XLI, 2, 34 pr.). Celsus et Marcellus raisonnaient autrement : ils décomposaient l'acte de transfert de la possession en deux actes distincts et indépendants : abandon de la possession d'une part, acquisition de la possession d'autre part. Par suite, la possession était perdue pour le *tradens*, bien qu'elle ne fût pas acquise à l'*accipiens* (Cels., 23 Dig., D., XLI, 2, 18, 1).

(4) Ulp., *h. t.*, 35. La doctrine d'Ulpien est moins satisfaisante dans le cas prévu par D., XII, 1, 18 pr. Dire que celui qui a voulu faire une donation n'a entendu transférer la propriété que si l'*accipiens* consent à être donataire, qu'il n'y a rien de fait si l'*accipiens* entend rembourser l'argent qu'on lui donne, c'est dépasser la mesure et accorder sans motif suffisant une action réelle à qui a voulu se dépouiller de sa chose. Cf. Dernburg, I, 2, 105, 9.

tion faite par un non-propriétaire qui, après coup, acquiert la propriété, ou qui laisse pour héritier le véritable propriétaire, ou qui avait reçu mandat du propriétaire (1); 2° en l'absence de tradition, soit que l'acheteur se soit mis de lui-même en possession *sine vitio*, soit que le propriétaire ait matériellement livré la chose, mais sans avoir l'intention d'en transférer la propriété (2).

Dans ces divers cas, l'aliénateur reste en droit propriétaire; mais s'il s'avise de revendiquer l'objet livré, l'acquéreur ou ses ayants cause (3) le repousseront par l'exception *rei venditæ et traditæ,* pourvu qu'ils soient en possession. S'ils n'ont plus la possession et que l'aliénateur l'ait recouvrée, ils intenteront la Publicienne, et si l'aliénateur leur oppose l'exception *justi dominii,* ils en paralyseront l'effet par la réplique *rei venditæ et traditæ* (4).

III

TRANSFERT JUDICIAIRE DE LA PROPRIÉTÉ.

En règle générale, les jugements sont déclaratifs et non attributifs de droits réels. Le juge reconnaît un droit préexistant : il ne crée pas un droit nouveau (5). Tout ce que peut faire le juge, c'est d'imposer des obligations personnelles. Il en est autrement dans trois cas : dans l'action en partage d'une hérédité (*familiæ erciscundæ*), dans l'action en partage de tous autres biens indivis

(1) Marcel., ap. Ulp., D., XXI, 3, 1 pr.; Jul., ap. Pomp., 2; Ulp., *eod.*, 1, 2. L'acquéreur ne serait pas protégé si le mandataire ne s'était pas conformé à son mandat (Cels., *eod.*, 1, 3).

(2) Ulp., 76 ad Ed., D., XXI, 3, 1, 5; Marcel., 6 Dig., D., XVII, 1, 49.

(3) Herm., 6 jur. ep , D., XXI, 3, 3. C'est la jurisprudence qui a rendu l'exception *rei v. et t.* transmissible activement et passivement à tous les successeurs à titre universel ou particulier des deux parties.

(4) Jul., ap. Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 4, 4, 32. La question de savoir si l'exception *rei v. et t.* fut consacrée par l'Edit a été soulevée par H. Krueger (*Beitrage zur Lehre der exceptio doli*, 1892). D'après lui, on eut d'abord recours à l'exception de dol pour atténuer ce que les règles de la tradition présentaient de rigoureux; peu à peu, on aurait substitué à cette exception une exception *in factum* dans les cas où il était difficile de prouver que le demandeur était coupable de dol. Marcellus aurait généralisé cette exception, qui, à la fin de l'époque classique, aurait reçu un nom spécial. Il est difficile de croire que notre exception ait été exclusivement decrétale : Julien (*loc. cit*) dit qu'elle est *in factum comparata;* or, le mot *comparare* est le terme usité pour désigner les créations du Préteur insérées dans l'Edit (Gaius, IV, 35). Si certains textes (Ulp., 29 ad Sab. D., XXI, 2, 17) donnent l'exception de dol au lieu de l'exception *rei v et t.*, c'est par application de la règle formulée par Ulpien (D., XLIV, 4, 2, 5). L'acquéreur peut, lorsqu'il est en mesure de prouver le dol de l'aliénateur, invoquer l'une ou l'autre exception; il peut même se laisser évincer pour exercer l'action *ex stipulatu duplæ.* Cf. Lenel, *E. P.*, 405; Karlowa, II, 1217; Erman, *Z. Sav. St.*, XIV, 237.

(5) Ulp., 17 ad Ed., D., VIII, 5, 8, 4.

(*communi dividundo*), dans l'action en bornage (*finium regundorum*). Ici le juge a le pouvoir d'*adjudicare*, c'est-à-dire d'attribuer la propriété à une personne qui ne l'avait pas. Ce pouvoir lui était conféré, à l'époque classique, par une clause spéciale insérée dans la formule (1).

Dans les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo,* le juge est autorisé soit à faire un partage en nature et à attribuer à chacun des communistes la propriété exclusive d'une portion de la chose indivise, soit, si ce n'est pas possible, à attribuer la chose tout entière à l'un des communistes, à charge par lui de payer une soulte aux autres. Dans l'action en bornage, le transfert de propriété n'a lieu sur l'ordre du juge que s'il n'y a pas de meilleur moyen de prévenir des difficultés ultérieures : le juge attribue à l'un des plaideurs des parcelles de la propriété voisine moyennant une indemnité à payer à l'autre (I, 358).

Dans tous les cas, la propriété est acquise à titre dérivé : l'acquéreur doit supporter les droits réels constitués avant l'adjudication par le propriétaire antérieur (2). Mais l'adjudication ne fait acquérir la propriété quiritaire que si l'instance a le caractère d'un *judicium legitimum*, c'est-à-dire si elle est organisée à Rome ou dans le rayon d'un mille autour de Rome, entre citoyens romains et devant un seul juge, également citoyen romain (3); sinon, l'adjudicataire n'a que l'*in bonis*. Il faut aussi que la chose soit la propriété des communistes, sinon l'adjudication servirait seulement de titre pour usucaper (4).

IV

TRANSFERT LÉGAL DE LA PROPRIÉTÉ.

La propriété est acquise à titre particulier par l'autorité de la loi : 1° en cas de legs *per vindicationem* d'après les Douze Tables; 2° d'après les lois caducaires, la part d'un héritier dans une succession peut être déclarée caduque et attribuée à un autre héritier ou au fisc (5); 3° en cas de *commissum* (p. 252, 5); 4° en vertu d'un Sc. de Marc-Aurèle, si le copropriétaire d'une maison indivise fait des réparations et que son copropriétaire refuse de

(1) Gaius, IV, 42.
(2) Labéon a fait prévaloir cette règle contre l'avis de Trebatius (2 poster, D., XXXIII, 2, 31. Jul., ap. Ulp., 19 ad Ed., X, 3, 6, 8).
(3) Gaius, IV, 104.
(4) Marcel., 17 Dig., D., XLI, 3, 17.
(5) Ulp., XIX, 17.

lui tenir compte de la dépense et des intérêts, il acquiert au bout de quatre mois le droit que celui-ci avait sur l'immeuble (1); 5° en cas de découverte d'un *trésor*. Sous ce nom, on désigne tout objet de valeur (2), caché ou enfoui dans la terre (3), sur lequel personne ne peut justifier sa propriété (4) et qui est trouvé par l'effet du hasard (5).

Sous la République et au début de l'Empire, on considérait le trésor comme un accessoire du fonds où il était découvert; il appartenait au propriétaire du fonds comme un produit du sol (6). Cette règle pouvait se défendre à l'époque où les immeubles restaient dans la famille dont ils portaient le nom : on pouvait supposer que le trésor avait été enfoui par un des ancêtres du propriétaire actuel (7). Mais lorsque les mutations de propriété devinrent fréquentes, il parut excessif de refuser tout droit à l'inventeur. En fait, lorsqu'un mercenaire découvrait un trésor, il ne se faisait guère scrupule de se l'approprier (8) : c'était un don d'Hercule.

Hadrien résolut la question d'une manière équitable : il maintint la règle ancienne lorsque l'inventeur était le propriétaire du fonds; dans le cas contraire, il attribua le trésor moitié à l'inventeur, moitié au propriétaire du fonds. La propriété est ici acquise en vertu de la loi (9), et non par voie d'occupation (10) : Hadrien ne subordonne pas l'acquisition à la prise de possession.

(1) Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 2, 52, 10; Philip., C., VIII, 10, 4.

(2) Paul, 31 ad Ed., D., XLI, 1, 31, 1 : *Vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non exstat memoria, ut jam dominum non habeat.* Cf. Leo, Zeno, C. Th., X, 18, 2 : *Condita ab ignotis dominis... monilia.* Dans C., X, 15, 1, ce dernier mot a été changé en *mobilia.*

(3) Tryph., 7 Disp., D., XLI, 1, 63.

(4) Le mot trésor est aussi employé dans un sens non technique pour désigner une somme d'argent enfouie dans un fonds *custodiæ causa* (Pap., 23 Quæst., D., XLI, 2, 44 pr.).

(5) Scæv., 1 Resp., D., VI, 1, 67.

(6) Paul, 54 ad Ed., D., XLI, 2, 3, 3 : *Brutus et Manilius putant eum, qui fundum longa possessione cepit, etiam thesaurum cepisse, quamvis nesciat in fundo esse*; Plaut., *Trin.*, 156; Pers., II, 11; Nerva, ap. Philost., *Vitæ Sophist.*, II, 2. Glück-Czyhlarz (I, 214) pense qu'au Ier siècle le trésor appartenait au fisc. Mais les textes cités (Suet., *Nero*, 31; Tac., *Ann.*, XVI, 1) ne peuvent s'entendre d'un trésor, puisque celui qui en révéla l'existence prétendait connaître la personne qui l'avait caché.

(7) Plaut., *Aul.*, 7.

(8) Hor., *Sat.*, II, 6, 11.

(9) Inst., II, 1, 39 : *Hadrianus ei concessit qui invenerit.* Si le trésor est trouvé dans un lieu sacré, Hadrien l'attribue en totalité à l'inventeur, mais Marc-Aurèle et Verus autorisent le fisc à en revendiquer la moitié (Callistr., D., XLIX, 14, 3, 10).

(10) La question est controversée. Cf. Pampaloni, *Il concetto giuridico del tesoro*, 1888.

V

USUCAPION.

L'usucapion, en droit classique, est un mode civil d'acquérir la propriété par une possession prolongée pendant le temps requis par la loi (1). Elle diffère de l'usucapion antique par son but, ses cas d'application, son fondement, ses conditions d'exercice.

§ 1er. *But.* — L'usucapion a pour but de consolider l'acquisition de la propriété, lorsque cette acquisition est entachée de certains vices. Elle empêche l'incertitude de planer sur le droit de propriété (2) ; elle facilite la preuve de ce droit, en la réduisant à la constatation d'un fait matériel; elle abrège les procès ou les empêche de naître (3). Les vices que l'usucapion sert à purger sont des vices de forme ou de fond : le vice de forme résulte de l'emploi d'un mode impropre à faire acquérir la propriété d'après le droit civil; le vice de fond se produit lorsqu'on acquiert une chose *a non domino*.

§ 2. *Cas d'application.* — L'usucapion s'applique 1° lorsqu'on a acquis par simple tradition une *res mancipi* au lieu de recourir à la mancipation ou à l'*in jure cessio;* 2° lorsqu'on a acquis une *res mancipi* ou *nec mancipi* d'une personne qui n'en était pas propriétaire, ou n'avait pas la capacité d'aliéner. Dans cette seconde application, l'usucapion a pour effet de dépouiller de sa chose l'ancien propriétaire, mais il n'a qu'à s'en prendre à lui-même : on lui a laissé un délai suffisant pour faire valoir son droit; s'il n'a pas protesté, on présume qu'il a renoncé à son droit.

§ 3. *Fondement.* — L'usucapion a pour fondement, non plus comme autrefois l'usage d'une chose conformément à sa destination et à titre de propriétaire, mais une possession prolongée et ininterrompue pendant un certain délai (4). Au lieu de l'usage effectif de la chose, on se contente de la possibilité d'user; à la notion complexe de l'*usus*, on a substitué une notion plus simple, celle d'une possession continue. Ce changement a dû se produire lorsque la jurisprudence eut dégagé la notion de la possession,

(1) Ulp., XIX, 6; Mod., 5 Pand., D., XLI, 3, 3.
(2) Gaius, II, 44 : *Ne rerum dominia diutius in incerto essent.*
(3) Cic., *P. Cæc.*, 26; Ner., 5 Membr., D., XLI, 10, 5 pr. : *Ut aliquis litium finis esset.*
(4) Licin. Ruf., 1 Reg., D., XLI, 3, 25.

lorsqu'elle considéra la possession comme un élément du patrimoine. C'est au dernier siècle de la République que l'on voit apparaître la notion générale de la possession et la doctrine qui fait reposer l'usucapion sur la possession (1).

La substitution de la possession à l'*usus* comme fondement de la possession obligea la jurisprudence à préciser les conditions sous lesquelles la possession pourrait motiver l'acquisition de la propriété. Un fait matériel, comme l'appréhension d'une chose, n'a pas de signification précise; il ne manifeste pas, comme l'*usus*, la volonté de s'approprier la chose. D'autre part, on ne pouvait admettre qu'une possession quelconque pût servir à fonder l'usucapion, alors que le Préteur ne protégeait que la possession acquise *nec vi, nec clam, nec precario*. Si le Préteur refusait sa protection à l'usurpateur qui prétendait à la possession, la jurisprudence ne pouvait songer à lui attribuer la propriété. On devait même être plus difficile pour l'acquisition de la propriété que pour celle de la possession.

§ 4. *Conditions requises.* — Quatre conditions sont requises pour l'acquisition de la propriété par usucapion : 1° que la chose soit susceptible d'usucapion; 2° que la possession se prolonge sans interruption pendant le délai fixé par la loi; 3° qu'elle ait pour fondement une *justa causa;* 4° que l'acquéreur soit de bonne foi (2).

1° L'usucapion ne s'applique ni aux choses qui ne sont pas susceptibles de propriété privée, ni à celles que la loi défend d'aliéner, ni aux biens du fisc (3).

La loi des Douze Tables n'avait écarté l'usucapion que pour les choses volées. Au VII[e] siècle, la loi Plautia *de vi* (4) étendit cette prohibition aux immeubles dont on s'était emparé par violence. Cette prohibition, comme celle qui résulte du *furtum*, subsiste jusqu'à ce que le propriétaire ait recouvré sa chose ou qu'il ait été en mesure de la revendiquer (5). La loi Julia *repetundarum* de l'an 695 interdit également l'usucapion des choses

(1) Tandis que Servius confond encore la possession avec son objet (ap. ULP., 69 ad Ed., D., XLIII, 17, 3, 11), Ælius Gallus les distingue (ap. FEST., v° *Possessio*), et son contemporain Trebatius présente la possession comme le fondement de l'usucapion (ap. POMP., 24 ad Q. MUC., D., XLI, 6, 3).

(2) Ici, comme dans la théorie de la possession, la jurisprudence n'a pas écarté toutes les conséquences de la conception primitive : de là un défaut d'harmonie dans la théorie de l'usucapion comme dans celle de la possession. On a laissé subsister des applications de l'usucapion sans juste cause ni bonne foi : *pro herede, libertatis, usureceptio, usus mulieris*. Cf. GAIUS, II, 52, 59.

(3) GAIUS, 4 ad Ed. prov., D., XLI, 3, 9; MOD., 5 Reg., *eod.* 18.

(4) Sur la date de cette loi, voir notre article LEX (*Dict. des Antiq.*, V, 1159).

(5) CASS., ap. PAUL, D., XLI, 3, 4, 26; L, 16, 215. Cf. t. I[er], 251, 4.

qu'un magistrat provincial s'est fait donner par un habitant de sa province (1).

Grâce à ces diverses prohibitions, l'application de l'usucapion est assez limitée, au moins pour les choses acquises *a non domino :* il faut supposer un immeuble possédé sans violence, ou un meuble non volé. Ce dernier cas, dit Gaius, se produira rarement, car le vol n'implique pas nécessairement une soustraction; il suffit qu'on ait vendu et livré sciemment la chose d'autrui. Mais si un héritier vend une chose louée ou prêtée au défunt, croyant qu'elle fait partie de la succession, si l'usufruitier d'une esclave vend l'enfant qu'elle a mis au monde croyant qu'il est à lui, l'acheteur pourra usucaper : il n'y a pas vol sans intention de voler. Quant à l'immeuble occupé sans violence, par suite de l'absence du propriétaire, de sa négligence ou de sa mort sans héritier, il peut être usucapé, sinon par l'usurpateur, du moins par celui qui l'a acquis de lui de bonne foi (2).

2° L'usucapion suppose la possession. Cette possession s'acquiert suivant les règles déjà connues; elle doit se continuer sans interruption pendant le délai d'un an ou de deux ans prescrit par la loi des Douze Tables. Ce délai se calcule, non pas *de momento ad momentum*, mais *de die ad diem :* le jour de l'entrée en possession ne compte pas, mais le dernier jour est réputé accompli dès qu'il est commencé (3).

La demande en justice n'est pas une cause d'interruption civile de l'usucapion : si l'usucapion s'achève au cours du procès, le juge, qui doit se reporter à la *litiscontestatio* pour apprécier le droit des parties, invitera le défendeur à retransférer au demandeur la propriété et à le garantir contre tout dommage résultant de son dol ou de sa faute (4).

L'interruption naturelle fait perdre définitivement le bénéfice de la possession, alors même que celui qui était en voie d'usucaper a été fait prisonnier : s'il revient à Rome, et qu'il recouvre la possession, il sera traité comme s'il n'avait jamais possédé. Le *jus postliminii* n'a pas ici d'application, car la possession est *res facti* (5).

(1) Paul, 54 ad Ed., D., XLVIII, 11, 8 pr. La prohibition s'applique aux donations déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux (*Ibid.*, 8, 1).
(2) Gaius, II, 50, 51.
(3) Ven., 5 Int., D., XLIV, 3, 15 pr.; Ulp., D., XLI, 3, 7. Cf. Karlowa, II, 398. La règle s'applique même à la vente au comptant : Gaius (7 ad Ed. prov., D., VI, 2, 8) rend cette opinion vraisemblable. Cf. Appleton, *Propriété prétorienne*, I, 216. Contra : Windscheid, I, 179, 1. Le payement du prix n'était nécessaire que dans le cas prévu par la *constitutio Rutiliana* (p. 160, 6).
(4) Gaius, 7 ad Ed. prov., D., VI, 1, 18; Ulp., 68 ad Ed., *eod.*, 45.
(5) Paul, 15 ad Plaut., D., XLI, 3, 15 pr.

Le décès du possesseur devrait aussi être une cause d'interruption de l'usucapion. Les jurisconsultes classiques ont reculé devant cette conséquence : ils ont admis que l'héritier succède à l'usucapion commencée par son auteur (*continuatio possessionis*). On n'a pas à rechercher si, personnellement, il serait en état d'usucaper : l'usucapion peut s'achever au profit d'un héritier de mauvaise foi ou pendant que l'hérédité est jacente; c'est une application de la doctrine qui considère l'hérédité jacente comme continuant la personne du défunt. Mais la succession à l'usucapion n'est possible que si, dans l'intervalle entre le décès et la prise de possession par l'héritier, la chose n'a été appréhendée par personne (1). Lorsque le défunt n'était pas en état d'usucaper en raison de sa mauvaise foi, son héritier, fût-il de bonne foi, ne pourra, quelle que soit la durée de sa possession, prétendre à l'usucapion : il n'a recueilli qu'un droit vicié, et il ne peut commencer une possession nouvelle, faute de *justa causa* (2).

Tout autre est la situation des ayants cause à titre particulier : ils peuvent avoir une *justa causa*, être de bonne foi, alors que leur auteur était de mauvaise foi; ils pourront sûrement usucaper, alors que leur auteur ne l'aurait pu. Mais ils ne succèdent jamais à l'usucapion de leur auteur : un acheteur de mauvaise foi n'est pas admis à continuer l'usucapion commencée par un vendeur de bonne foi (3). Au commencement du IIIe siècle, la règle appliquée aux ayants cause à titre particulier a reçu un tempérament : Sévère et Caracalla autorisèrent l'acheteur à joindre à sa possession celle du vendeur lorsque celui-ci, en raison de sa bonne foi, avait commencé à usucaper (*accessio possessionis*). Cette jonction des possessions était antérieurement usitée dans l'interdit *utrubi* et dans la *præscriptio longi temporis* (4).

3° La possession doit être fondée sur une *justa causa*. L'appréhension d'une chose ne suffit pas, comme l'*usus*, pour manifester publiquement l'intention qui a dirigé le possesseur : c'est la *causa* qui fera connaître s'il a la volonté de se comporter en propriétaire. Cette *causa* doit être *justa* : elle doit faire paraître que le pouvoir sur la chose a été acquis conformément au droit (5).

(1) Pap., 22 Quæst., *eod.*, 43; Paul, 54 ad Ed., XLI, 4, 2, 18-19; 12 ad Ed., IV, 6, 30 pr. : *Possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem ;* Jav., 4 Ep., *h. t.*, 20; Nerat., 5 Reg., *eod.*, 40; Pomp., 32 ad Sab., D., XLI, 4, 6, 2.
(2) Pap., 2 Def., D., XLIV, 3, 11.
(3) Paul, D., XLI, 4, 17.
(4) Ulp., 72 ad Ed., D., XLI, 2, 13, 2; C., VII, 31, 1, 3.
(5) Cf. Fitting, *Arch. f. civ. Pr.*, LI, 1; LII, 1; Bernhöft, Titulus justus *und*

En quoi consiste la *justa causa* requise pour fonder l'usucapion? Les jurisconsultes ont déterminé successivement les diverses causes susceptibles de motiver l'acquisition par usucapion sans formuler de règle générale. *a*) Ordinairement, la *justa causa* consiste en un acte juridique qui implique chez celui qui fait une tradition la volonté d'aliéner. Cet acte juridique est tantôt un contrat par lequel une des parties s'oblige à transférer la propriété comme la vente, tantôt un fait juridique qui, par lui-même, est translatif de propriété comme le legs *per vindicationem*, l'adjudication, la dation faite à titre de donation ou de dot. *b*) Lorsque la prise de possession a lieu en vertu d'un décret du magistrat ou de l'édit, le décret ou l'édit sert de *justa causa*. *c*) Il y a un cas où l'on tient pour suffisante la volonté d'acquérir : occupation d'une chose *mancipi* abandonnée par son propriétaire ou d'une chose quelconque abandonnée *a non domino* (usucapion *pro derelicto*). *d*) On a été plus loin : on s'est contenté d'un titre régulier en apparence, mais consenti par un incapable (fou, pupille non autorisé) (1); on a même admis que la croyance à la validité ou à l'existence d'un titre nul ou inexistant suffirait pour fonder l'usucapion (2) : l'usucapion a lieu ici *pro suo*. Il y eut d'ailleurs quelques divergences entre les jurisconsultes pour déterminer dans quelles limites on tiendrait compte de l'erreur commise (3). *e*) On a enfin considéré comme un titre suffisant un serment judiciaire (4) ou un jugement constatant l'existence d'un acte d'acquisition (5).

4° Le possesseur doit être de bonne foi. La bonne foi consiste à croire que l'aliénateur était propriétaire et capable d'aliéner, ou tout au moins qu'il avait reçu du propriétaire le pouvoir

titulus putativus, 1873; *Besitztitel im r. R.*, 1875; Bonfante, *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, 1893-1894, t. XV et XVII.

(1) Paul, 54 ad Ed., D., XLI, 4, 2, 15-16.

(2) Croyance à la validité d'une vente nulle parce que l'objet est hors du commerce (*res furtiva*); à la validité d'un partage d'ascendant ratifié par les intéressés après la mort du père (Pomp., 32 ad Sab., D., XLI, 10, 4, 1); à la réalisation prochaine de la condition tacite à laquelle est subordonnée une dation à titre de dot (Jul., ap. Ulp., 31 ad Sab., D., XLI, 9, 1, 2). Celui qui achète de bonne foi une esclave volée usucape *pro suo* l'enfant conçu après la vente : Julien exige que la bonne foi subsiste jusqu'à la naissance de l'enfant (44 Dig., D., XLI, 3, 33 pr.), Pomponius jusqu'à l'achèvement de l'usucapion (32 ad Sab., D., XLI, 10, 4 pr.).

(3) Ceux-là se trompent, dit Celsus, qui en arrivent à se passer du titre pour se contenter de la bonne foi (ap. Ulp., 31 ab Sab., D., XLI, 3, 27). Julien exige que l'erreur ait été motivée par un fait positif : par exemple, le mandataire que j'avais chargé de m'acheter un objet me persuade qu'il a rempli son mandat (ap. Afr., 7 Quæst., D., XLI, 4, 11).

(4) Jul., ap. Ulp., 22 ad Ed., D., XII, 2, 13, 1. Voir cep. Accarias, II, 629, 1.

(5) Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 2, 3, 1. Cf. Accarias, I, 591. Voir cep. Pellat, *La propriété*, 2e éd., p. 465 et 500.

d'aliéner (1). L'erreur commise doit être une erreur de fait : on ne tient pas compte de l'erreur de droit (2).

Cette condition ne se confond pas avec la précédente (3). L'intérêt pratique de la distinction se présente au point de vue de la preuve : la *justa causa* est un élément positif dont le possesseur doit prouver l'existence; la bonne foi est un élément négatif dont l'absence doit être prouvée par le revendiquant. La bonne foi se présume, et non la *justa causa*.

La bonne foi doit exister au moment de l'entrée en possession. Cette règle fut appliquée d'une manière générale par certains jurisconsultes (4). D'autres furent plus exigeants en matière de vente : la bonne foi devait exister au moment du contrat et lors de l'entrée en possession (5).

En principe, il n'est pas nécessaire que la bonne foi persiste pendant le délai requis pour usucaper : *mala fides superveniens usucapionem non impedit.* Mais ce principe s'applique-t-il aux acquisitions à titre gratuit? Il semble résulter d'une constitution de Justinien que le droit antérieur faisait une distinction entre les actes à titre gratuit et à titre onéreux; elle décide que l'usucapion ne sera pas interrompue lorsque l'acquéreur apprendra que la chose est à autrui, bien que la possession ait commencé à titre lucratif. Cette conclusion est confirmée par un fragment de Julien (6).

(1) Gaius, II, 43; Mod., 5 Pand., D., L, 16, 109. D'après Julien, cette croyance ne suffit pas si l'acheteur ne s'est pas comporté en honnête homme : si, par collusion avec mon mandataire, il a acheté à un prix inférieur à celui que j'avais fixé (D., XLI, 4, 7, 6); s'il a su que le vendeur ferait un mauvais emploi du prix (*eod.*, 8. Cf. t. Ier, 509, 3; Riccobono, *Bull. di d. R.*, VII, 257). — A l'inverse, l'usucapion a lieu en l'absence de cette croyance si l'on a cru acheter la chose d'autrui alors qu'on a traité avec le propriétaire (Sab., ap. Paul., *eod.*, 2, 2 : *Potius substantiam intuetur quam opinionem*); si l'on a obtenu un abandon noxal d'une personne qu'on savait n'être pas propriétaire de l'esclave (Afr., 6 Quæst., D., IX, 4, 6, 8). Par cela même que le propriétaire n'offre pas la *litis æstimatio*, la victime du délit a un titre suffisant pour garder la chose et l'usucaper.

(2) Proc., ap. Paul, 32 ad Sab., D., XLI, 3, 31 pr.; Paul, D., XLI, 4, 2, 15.

(3) Paul, 54 ad Ed., D., XLI, 4, 2, 1. Cf. Stintzing, *Das Wesen der* bona fides *und* titulus, 1852; Bonfante, *Bull. di d. R.*, 1893, t. VI.

(4) Sab., Cass., ap. Ulp., 16 ad Ed., D., XLI, 3, 10 pr.; Pap., *eod.*, 44, 2.

(5) Jul., 7 Dig., D., VI, 2, 7, 17; Paul, D., XLI, 4, 2 pr.; XLI, 3, 48. Cette controverse a sans doute son point de départ dans la rédaction de la formule Publicienne. Le Préteur promettait cette action à celui qui *bona fide emit :* on en conclut que l'acheteur pour usucaper devait avoir été de bonne foi dès cette époque. Il paraissait contradictoire de refuser la Publicienne à un possesseur qui aurait pu usucaper. Cependant, d'après Ulpien (*loc. cit.*), c'est l'opinion des Sabiniens qui a prévalu. — On remarquera que, d'après la rédaction de la Publicienne, la bonne foi est exigée même du propriétaire bonitaire : cette condition avait son utilité lorsqu'il avait traité avec le propriétaire, croyant avoir affaire à un *non dominus*. Cf. Karlowa, II, 1211; Lenel, *E. P.*, I, 193.

(6) Cod. VII, 31, 1, 3a; Jul., ap. Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 2, 11, 3. Cf. Pellat,

Lorsqu'on acquiert la possession par un mandataire ou par une personne placée sous notre puissance, l'usucapion ne commence qu'au moment où l'on a connaissance de la prise de possession : c'est à ce moment que l'acquéreur doit être de bonne foi (1). Il n'y a d'exception que pour les acquisitions faites par l'administrateur d'un pécule : ici l'on ne recherche que la bonne foi de l'administrateur (2).

§ 5. *Longæ possessionis præscriptio.* — L'usucapion, mode d'acquérir du droit civil, ne pouvait être invoquée ni par les pérégrins, ni pour les biens qui ne comportaient pas la propriété quiritaire. Il y avait là une lacune (3); elle fut comblée pour les fonds provinciaux, grâce à un expédient de procédure : on permit à quiconque avait pris possession d'un fonds provincial d'une façon régulière, et le possédait depuis dix ans au moins, de repousser toute réclamation de l'ancien possesseur au moyen d'une exception préjudicielle, *longæ possessionis præscriptio* (4).

Cette exception, que Gaius ignore et qui est pour la première fois mentionnée dans un rescrit du 29 décembre 199 (5), fut vraisemblablement consacrée par quelques édits provinciaux avant d'être généralisée par les empereurs. Elle est formée d'éléments de provenances diverses. L'idée de la *longa possessio* était familière aux Romains : elle était appliquée soit aux par-

555. D'après Pernice (*Labeo*, II, 456), la partie finale de ce texte aurait été interpolée, mais les raisons qu'il allègue ne sont pas décisives. Cf. Karlowa, II, 402.

(1) Pap., 2 Defin., D., XLI, 2, 49, 2; Paul, 2 ad Nerat., D., XLI, 3, 47.

(2) P. 121, 2. Sauf le cas où le maître savait au moment de l'achat que la chose était à autrui (Cels., ap. Paul., D., XLI, 4, 2, 11 et 13).

(3) Il ne faut pas en exagérer l'importance. Au début de l'Empire, la possession des terres devait être régie en bien des cas par le droit local qui était resté en vigueur. L'idée d'une réglementation uniforme se produisit lorsque les provinciaux prirent l'habitude de s'adresser à l'empereur soit comme juge suprême, soit pour obtenir sa protection contre les abus de pouvoir des gouverneurs.

(4) La prescription a-t-elle reçu une seconde application en faveur des pérégrins? C'est une conjecture indiquée par tous les auteurs : elle nous paraît douteuse. La question ne se pose que pour les pérégrins qui n'ont pas le *commercium* et en matière mobilière : 1° Ceux qui ont le *commercium* peuvent invoquer l'usucapion. Cette règle s'appliquait anciennement aux étrangers qui résidaient à Rome (I, 265, 3); les autres étaient régis par la disposition des Douze Tables : *adversus hostem æterna auctoritas.* Après la conquête de l'Italie et la création des premières provinces, la faveur accordée à ces étrangers cessa d'être justifiée : il n'y avait pas de motif pour les traiter autrement que les citoyens résidant hors de Rome. La disposition des Douze Tables tomba en désuétude. Quant aux pérégrins qui n'ont pas le *commercium*, ils peuvent invoquer la prescription accordée à tous les possesseurs des fonds provinciaux. 2° Pour les meubles, la prescription aurait eu une utilité réelle; mais elle n'y a été appliquée que par Caracalla, précisément à l'époque où les pérégrins ont reçu le droit de cité. Peut-être, avant d'avoir été généralisée par cet empereur, cette prescription a-t-elle figuré dans quelques édits provinciaux. Les textes font défaut.

(5) Gaius, II, 46. Papyrus de Berlin, n° 267.

celles de terre de l'*ager publicus* indûment occupées par des particuliers (1), soit à l'acquisition de la liberté par un esclave (p. 136, 3). Celle d'une prescription extinctive paraît inspirée par le droit grec (2); on ne trouve rien d'analogue à Rome au début de l'Empire. Enfin le recours à une *præscriptio a parte rei* suppose l'emploi de la procédure formulaire : son nom lui vient de ce qu'on l'inscrivait en tête de la formule (*scribere præ*) (3).

La *longæ possessionis præscriptio* diffère de l'usucapion quant à sa durée, ses conditions d'exercice et ses effets.

1° Sa durée est de dix ans entre présents, c'est-à-dire entre personnes habitant la même cité; de vingt ans entre absents (4), c'est-à-dire entre personnes habitant des cités différentes (5). L'*accessio possessionis* est autorisée dans tous les cas (6).

2° Il suffit pour prescrire d'avoir une juste cause de possession (*justum initium possessionis*). Dioclétien exige la bonne foi (7).

3° La prescription ne fut pas dans le principe un mode d'acquérir la propriété : elle procurait seulement un moyen de défense, une exception préjudicielle. De là plusieurs conséquences : *a*) Elle doit être invoquée devant le magistrat : le juge ne peut en connaître sans un pouvoir spécial mentionné dans la formule. L'usucapion, au contraire, qui tend à mettre à néant le droit de l'ancien possesseur, peut être invoquée en tout état de cause. — *b*) La demande en justice interrompt la prescription même à l'égard des tiers (8). Pour être utilement invoquée, la possession de dix à vingt ans doit être achevée avant la *litiscontestatio*. L'usucapion peut se terminer au cours du procès : le procès ne fait pas perdre la possession, et la mauvaise foi pos-

(1) Hygin., 116, 1 : *Vetustas... longi temporis plerumque pœne similem reddidit occupatorum agrorum condicionem.*

(2) Caillemer, *Etudes sur les antiquités juridiques d'Athènes*, 1869.

(3) Le lien qui existe entre notre *præscriptio* et la procédure formulaire a donné à penser qu'elle eut son application première à Rome et en Italie, et non dans les provinces où la procédure formulaire n'était pas partout observée. Elle aurait servi à protéger les possesseurs de terres dépendant de l'*ager publicus*. Voigt (I, 384, 835), se fondant sur Jul. (44 Dig., D., XLI, 3, 33, 2), conjecture que la loi Plautia défendit la *longa possessio* des choses prises par violence, et que la loi Julia étendit cette règle à l'usucapion. Mais le texte de Julien a été peut-être interpolé. Cf. Lenel, *Pal.*

(4) Paul, V, 2, 3; Diocl., C., VII, 35, 7. Le délai de dix ans était appliqué sous Trajan à la prescription requise pour l'acquisition de la liberté. Le délai de vingt ans est indiqué par Dioclétien (p. 136, 3).

(5) Papyr., *l. c.* Justinien a substitué la province à la cité : dès lors sont présents ou absents ceux qui habitent ou non la même province (C., VII, 33, 12, 1).

(6) Sev., Carac., *eod.*, 1; Paul., 6 Resp., D., XVIII, 1, 76, 1.

(7) Papyr. Berlin, 267. Cf. Paul, V, 2, 4. C., VII, 33, 2.

(8) Sev., Carac., C., VII, 33, 1. Sur le destinataire de ce rescrit, voir notre note dans Borghesi, *OEuvres*, X, 87.

térieure à l'entrée en possession d'un acquéreur à titre onéreux ne l'empêche pas d'usucaper (p. 248, 6). — *c*) Tandis que l'usucapion laisse subsister les charges qui grevaient la chose du chef du précédent propriétaire (1), la *l. p. præscriptio* peut être opposée aux créanciers hypothécaires (2). Cette prescription ne se confond pas avec celle qui protège le possesseur actuel contre une réclamation de l'ancien possesseur. La prescription de l'hypothèque a ses conditions propres : elle peut s'achever plus tôt ou plus tard que la prescription de la possession; elle peut être opposée par celui qui ne pourrait invoquer la prescription de la possession et réciproquement.

Au cours du IIIe siècle, la *longæ possessionis præscriptio* a reçu une portée générale : elle a été étendue par Caracalla aux meubles (3); elle s'applique, sous Dioclétien, aux fonds italiques (4). Elle produit un effet nouveau qui en modifie le caractère : celui qui a prescrit peut exercer une action réelle pour recouvrer la possession qu'il a perdue (5). La prescription n'est plus seulement un moyen de défense; c'est un mode d'acquérir un droit réel analogue à la propriété (6).

CHAPITRE V

Perte du droit de propriété.

Le droit de propriété est perpétuel de sa nature : il se déplace, il ne s'éteint pas. En général, quand une personne cesse d'être propriétaire d'une chose, c'est qu'elle a transféré son droit à une autre; le droit de propriété se perd par les mêmes modes qui servent à l'acquérir. Il n'en est pas toujours ainsi : s'il y a des cas où la propriété est perdue par la volonté de celui à qui elle appartient, il y en a d'autres où elle est perdue sans un acte de sa volonté. De là deux causes d'extinction de la propriété.

1° La propriété est perdue par la volonté de celui à qui elle appartient : *a*) lorsqu'il transfère son droit à un autre; *b*) d'après les Sabiniens, lorsqu'il fait l'abandon de sa chose (*derelictio*) (7). Suivant les Proculiens, il restait propriétaire de la chose jusqu'à

(1) ULP., 18 ad Sab., D., VII, 1, 17, 2; PAP. 23 Quæst., D., XLIV, 3, 44, 5.
(2) PAUL, 16 Resp., D., XLIV, 3, 12; GORD., C., VII, 36, 1; DIOCL., *eod.*, 2.
(3) Ap. MARC., 5 Reg., D., XLIV, 3, 9.
(4) Le rescrit de Dioclétien (C., VII, 35, 3) est adressé au *corrector Italiæ*.
(5) C., VII, 39, 8 : *Actionem ad vindicandam eam rem sancimus : hoc enim et veteres leges... sanciebant*. Cf. p. 195 et 265.
(6) ULP., 12 ad Ed., D., XLI, 7, 1.
(7) JUL., ap. POMP., 54 ad Ed., *eod.*, 2, 1.

ce que quelqu'un en eût pris possession (1) : leur opinion n'a pas prévalu (2).

2° La propriété est perdue sans la volonté du propriétaire : *a*) lorsqu'elle est anéantie matériellement ou juridiquement, c'est-à-dire lorsqu'elle disparaît dans son individualité (perte matérielle (3), alluvion, incorporation), ou cesse d'être dans le commerce (consécration d'une chose aux dieux); *b*) lorsqu'un animal sauvage recouvre sa liberté naturelle. Si cet animal a été domestiqué, la propriété n'est perdue que lorsqu'il n'a plus l'esprit de retour (4). *c*) A titre de peine, lorsque des objets sont confisqués pour contravention aux règlements (*commissum*) (5).

CHAPITRE VI

Protection de la propriété.

La propriété est protégée par des moyens divers : la propriété quiritaire par la revendication dont l'exercice est facilité pour les meubles par l'action *ad exhibendum*, la propriété prétorienne par la Publicienne, la propriété provinciale par une action réelle et par la Publicienne. La propriété est aussi protégée contre toute atteinte par divers moyens de procédure (actions *finium*

(1) Proc., *eod.* A quel titre celui qui s'empare de l'objet abandonné en acquiert-il la propriété? Est-ce à titre d'occupation, comme pour les *res nullius?* ou de tradition? Pomponius rapproche ce cas de celui où un magistrat jette des pièces de monnaie à la foule (*jactus missilium*). Il y a cependant entre les deux cas une différence : le magistrat a l'intention de livrer la chose à une personne incertaine; on ne peut en dire autant du *derelinquens* qui a voulu simplement renoncer à sa chose. Malgré cette différence, il semble bien qu'on ait prêté au *derelinquens* l'intention de transférer la propriété à qui la voudra. Conséquence : si la chose abandonnée est *nec mancipi*, celui qui s'en empare en deviendra propriétaire de suite; si elle est *mancipi*, l'usucapion sera nécessaire; elle aura lieu *pro derelicto*. Sous Justinien, l'usucapion a lieu *pro derelicto* si la chose a été abandonnée par quelqu'un qui n'en était pas propriétaire (Paul, 15 ad Sab., *eod.*, 4). Cf. sur les applications de la *derelictio*, Jav. D., XLV, 3, 36; Jul., ap. Ulp., D., IX, 4, 38, 1; Lab., ap. Ulp., D., VIII, 5, 6, 2; Mod., D., XLI, 7, 3; Czyhlarz, dans Glück, *loc. cit.*, 110; et sur l'usucapion *pro derelicto*, l'interprétation de Karlowa, II, 415.

(2) *Inst.*, II, 1, 47.

(3) Scæv., ap. Ulp., D., XVIII, 6, 10, 1; Sab., ap. Ulp., D., IX, 2, 27, 21. Le propriétaire conserve son droit sur ce qui reste de sa chose (Cels., 18 Dig., D., VI, I, 49, 1). L'inondation temporaire d'un champ n'en fait pas perdre la propriété (Pomp., 26 ad Q. Muc., D., VII, 4, 23; Ulp., 17 ad Sab., *eod.*, 10, 2; Gaius, 2 Aur., D., XLI, 1, 7, 6).

(4) Gaius, *eod.*, 3, 2; 5 pr., 5-6. Cf. p. 214, 8.

(5) *Leges censoriæ :* Varr., *R. r.*, II, 1, 16; Lab., ap. Ulp., D., XLVII, 8, 2, 20; Ulp., D., XXXIX, 4, 14. Loi de la colonie Genetiva Julia, c. 76. Lex metalli Vipascensis, l. 39. La perte de la propriété à titre de peine avait lieu parfois en vertu d'une *lex locationis* (I, 635, 6). Cato, *R. r.*, 146; inscr. d'H. Mettich, I, 12-13. Cf. Edouard Cuq, *Le colonat partiaire*, 53; *Nouv. Rev. hist.*, 1899, p. 648, 5.

regundorum (I, 357), *aquæ pluviæ arcendæ* (I, 352), *cautio damni infecti* (I, 355), interdit *quod vi aut clam*, dénonciation de nouvel œuvre, et par des actions pénales, actions de vol, de la loi Aquilia) (I, 723, 3).

I. ACTION EN REVENDICATION. — § 1er. *Définition.* — La revendication a de tout temps été l'action servant à sanctionner le droit de propriété quiritaire, mais sa définition varie suivant la procédure employée. En se plaçant au point de vue de la procédure par formule pétitoire, usuelle à l'époque classique, la revendication est une action réelle qui a pour but de faire reconnaître le droit à la possession d'une chose déterminée à l'encontre de celui qui possède cette chose, et pour résultat de faire condamner le défendeur, qui ne restitue pas la chose, à indemniser le demandeur de tout le préjudice qu'il a subi.

De cette définition il résulte que la revendication se donne : *a*) au propriétaire (1) qui n'a pas la possession (2). Il s'agit ici du propriétaire quiritaire à l'exclusion de ceux qui n'ont qu'une propriété de fait, serait-elle protégée par le Préteur. La faculté pour le propriétaire de recouvrer sa chose par l'interdit *uti possidetis* ne l'empêche nullement d'exercer la revendication : il a le choix, mais il a tout intérêt à préférer l'interdit (3) contre le possesseur (4). — *b*) Contre une personne qui possède au

(1) Exceptionnellement et pour une raison d'équité on accorde une revendication *utilis* à des personnes qui n'ont plus la propriété (ex-propriétaire d'un arbre transporté dans le terrain d'autrui et qui y a poussé des racines, p. 227, 2; ex-propriétaire d'une *tabula* sur laquelle un tiers a peint un portrait : GAIUS, II, 78) ou qui ne l'ont pas encore bien qu'elles en aient payé le prix : tel est le cas où une chose a été achetée avec l'argent d'autrui; en droit la chose appartient à l'acheteur, celui qui a fourni l'argent n'a qu'une action personnelle contre lui; en lui donnant la revendication utile, on le protège d'une manière efficace contre l'insolvabilité de l'acheteur (PAUL, 6 Quæst., D., XXIV, 1, 55; ULP., 1 Opin., D., XXVI, 9, 2; PHILIP., C., III, 32, 8. Cf. PELLAT, 132 et 424; JHERING, *Iahrb.*, I, 120; BREZZO, *L'*utilis actio *del d. R.*, 1889). Lenel (*E. P.*, I, 211) tient pour interpolés la plupart des textes relatifs à cette action. On ne considérera pas comme une exception le cas où la revendication est exercée par un cessionnaire (POMP., ap. PAUL, D., VI, 1, 21; PAP., *eod.*, 63; JUST., C., IV, 39, 9), car le cessionnaire agit comme une sorte de mandataire : le droit reste fixé sur la tête du cédant. — Tout à fait anormale est la revendication *repetita die* (ULP., 24 ad Ed., D., X, 4, 9, 6). Cf. LENEL, *E. P.*, I, 212 : *Si paret fundum Kal. Januariis ex jure Quiritium Ai Ai fuisse.*

(2) ULP., 69 ad Ed., D., XLIII, 17, 1, 6 : *Actio enim numquam ultro possessori datur, quippe sufficit ei quod possideat.* Il y a cependant, d'après Inst. (IV, 6, 2), un cas unique où celui qui possède peut revendiquer; on ignore quel est au juste le cas que Justinien a en vue. La question n'a d'ailleurs aucun intérêt de principe. Cf. VANGEROW, I, 652. APPLETON, *Compensation*, 47, 1. — Proculus (ap. ULP., *eod.*, D., VII, 9, 7 pr.; cf. PAP., 13 Resp., D., XXXIX, 6, 42 pr.) accorde exceptionnellement la *R. V.* au nu propriétaire contre l'usufruitier, bien que celui-ci n'ait que la détention.

(3) GAIUS, 7 ad ed. prov., D., VI, 1, 24.

(4) PEGAS., ap. ULP., 16 ad Ed., *eod.*, 9. Ulpien accorde la revendication contre tout détenteur : cette opinion semble meilleure, car il n'est pas toujours facile de dis-

moment où le procès est engagé (*litiscontestatio*) (I, 723, 3); mais, par une extension d'une doctrine soutenue par Proculus et Pegasus pour l'action *de peculio,* il suffit que le défendeur possède lors du jugement. — *c*) Pour un objet individuellement désigné. C'est une action *in rem specialis* par opposition à la pétition d'hérédité qui a pour objet un ensemble de biens (action *in rem generalis*) (1). Aussi ne peut-on par une même action réclamer plusieurs objets : ce serait contraire au principe de l'unité de question posée au juge (I, 723, 1). On a atténué la rigueur de ce principe en permettant de revendiquer un troupeau : on considère le troupeau comme formant un seul tout, sous la réserve du droit des tiers de revendiquer des bêtes individuellement désignées (2).

§ 2. *Procédure.* — Sous l'Empire, l'action de la loi *per sacramentum* n'a été conservée que pour les affaires soumises aux centumvirs (3) ; dans tout autre cas, le revendiquant a le choix entre deux procédures : l'une par formule pétitoire, l'autre *per sponsionem.* Dans la première, le juge est appelé à statuer directement sur la prétention du demandeur à la propriété; dans la seconde, cette prétention lui est soumise, comme dans l'action de la loi par serment, d'une manière indirecte; mais au lieu de

tinguer le détenteur du possesseur ; or le propriétaire doit être mis en mesure de triompher de toute personne qui l'empêche d'user de son droit. Mais elle n'est pas sans inconvénient : le détenteur va être forcé de soutenir un procès qui n'a pour lui qu'un intérêt secondaire ; il se défendra mal, car d'ordinaire il n'aura pas en main les titres nécessaires. Constantin a réalisé une heureuse innovation en décidant que le détenteur d'un immeuble pourrait se soustraire à la *R. V.* en faisant connaître son auteur (*auctoris laudatio*). Mais il faut que le possesseur désigné consente à intervenir au procès, et que le demandeur n'ait pas de réclamations à adresser au détenteur personnellement (C. III, 19, 2).

(1) Ap. Ulp., 29 ad Ed., D., XV, 1, 30 pr. ; Paul, 21 ad Ed., D., VI, 1, 27, 1.

(2) Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 1, 1 pr. ; 1, 9 ; Pomp., ap. Ulp., *eod.*, 1, 3. Cf. Pomp., 30 ad Sab., D., XLI, 3, 30 pr. ; Marcel., ap. Ulp., D., VI, 1, 3 ; Paul, *eod.*, 2. Dernburg (I, 2, 140, 3) prétend que la propriété ne s'applique jamais qu'aux choses séparées. Voir en sens contraire l'observation de Pellat (121).

(3) Elle a d'ailleurs subi une modification : au lieu de promettre au Préteur, sous la garantie des *prædes*, de verser au trésor 50 ou 500 as (I, 414, 1), les parties stipulent l'une de l'autre une somme qui profitera à celle qui obtiendra gain de cause (Gaius, IV, 13). Cette somme fut, en raison d'une loi Creperia de date inconnue, fixée à 125 sesterces (Gaius, IV, 95) ; le taux maximum du *sacramentum* fut dès lors réduit au quart, car le sesterce équivaut à l'ancien as libral (Mommsen, *Münzwesen*, 326). Certains auteurs interprètent autrement ce passage de Gaius : ils le rapportent à la procédure *per sponsionem* (Lotmar, *Kritische Studien*, 1878, p. 68 ; Girard, *Manuel,* 337, 2). Bien qu'on ne puisse se prononcer sans réserve sur un texte mutilé, il paraît difficile d'admettre le résultat auquel aboutit cette interprétation : le mélange de deux procédures aussi différentes que l'*actio per sponsionem* et le *sacramentum.* Gaius (IV, 13) dit en effet que la *sponsio* usitée de son temps dans le *sacramentum* était réciproque et pénale, tandis que dans l'*actio per sponsionem* elle était préjudicielle (Gaius, IV, 94). Cf. Voigt, *Ueber die leges Juliæ jud. priv. und publ.*, 1893, n. 129.

rechercher si le *sacramentum* de chacune des parties est juste ou injuste, le juge examine si le demandeur a droit à une somme très modique qui lui a été promise pour le cas où il serait propriétaire de l'objet litigieux; le sort du procès dépend d'ailleurs de l'opinion que se fera le juge sur la question de propriété.

De ces deux procédures, la plus ancienne est la procédure *per sponsionem* : elle apparaît à côté de l'action de la loi par serment (I, 409-415), à une date inconnue, mais antérieure à Cicéron. Elle s'est maintenue sous l'Empire, à côté de la procédure par formules. Au IIe siècle de notre ère, elle consiste en deux stipulations successives faites devant le magistrat (1) : le revendiquant stipule de son adversaire 25 sesterces pour le cas où il prouverait son droit de propriété, puis il stipule de lui, sous caution, une somme égale à la *litis æstimatio* pour le cas où son adversaire ayant succombé ne restituerait pas la chose et les fruits produits au cours du procès (2). La première stipulation est de pure forme : c'est une manière indirecte de soumettre au juge le fond du débat. La formule délivrée par le Préteur a bien pour objet 25 sesterces, mais cette somme n'est jamais exigée : la *sponsio* est préjudicielle et non pénale, comme celle qui est usitée dans l'action *certæ pecuniæ creditæ* (I, 632, 1) ou dans les interdits. La seconde stipulation est appelée *pro præde litis et vindiciarum* (3), parce qu'elle tient lieu des *prædes litis vindiciarum* exigés dans l'action de la loi par serment (I, 383).

Cette procédure ressemble à la procédure par serment en ce que la question posée au juge ne porte pas directement sur l'objet du litige; elle en diffère en ce qu'elle suppose un accord entre les parties, puis en ce qu'elle est unilatérale : il n'y a plus ici de *contravindicatio*. Le demandeur seul affirme son droit et doit le prouver; le rôle du défendeur se borne à contester la prétention de son adversaire (4).

(1) Cic., 2 *in Verr.*, I, 45, 135. En présence de ce texte, la coexistence de cette procédure avec celle des actions de la loi ne saurait être contestée : *lege ageret in hereditatem aut... sponsionem faceret et ita de hereditate certaret.* Cf. Jobbé-Duval, *Études sur l'histoire de la procédure civile,* 1897, I, 481.

(2) Gaius, IV, 89, 91, 93-94.

(3) Le défendeur promet une somme qui sera exigible si l'une des conditions prévues se réalise (Ulp., 77 ad Ed., D., XLVI, 7, 5, 2 : *plures causæ una quantitate conclusæ*). Parmi ces conditions, on peut citer les clauses *ob rem judicatam, ob rem non defensam, de dolo malo.* Lenel (*E. P.*, 409) a établi que plusieurs textes insérés au titre *judicatum solvi* se rapportaient à notre stipulation.

(4) L'*actio per sponsionem* est-elle une véritable procédure se suffisant à elle-même et conservant son caractère d'action réelle? ou bien la *sponsio* doit-elle être traitée comme une stipulation ordinaire dont l'exécution sera poursuivie par une action personnelle? Dans ce dernier cas, le recours à la *sponsio* serait un moyen de transformer une action réelle en action personnelle. Stintzing (*Ueber das Verhältniss*

Si cette procédure a eu, dès l'origine, le caractère que Gaius lui attribue (1), elle doit avoir été introduite comme conséquence de la création des interdits conservatoires. Vis-à-vis d'un adversaire qui avait obtenu gain de cause dans le débat au pétitoire, la situation n'était plus entière : le Préteur ne pouvait lui retirer sa protection tant que le demandeur n'avait pas prouvé son droit de propriété. La procédure *per sponsionem* fournissait à celui-ci le moyen de faire statuer indirectement sur sa prétention sans porter atteinte à la situation de fait du défendeur. Celui-ci ne pouvait guère refuser honnêtement d'accepter le débat dans les termes où il lui était offert : un enjeu insignifiant et qui n'était pas même payé; une procédure plus simple que l'action de la loi par serment : la solennité se réduisait à un contrat verbal; moins dangereuse : aucun dépôt au profit de l'État; enfin plus de facilité pour trouver des cautions : au lieu de *prædes*, soumis à la *manus injectio* et seuls responsables, on se contentait de débiteurs accessoires qui pouvaient espérer n'être poursuivis qu'en cas d'insolvabilité du défendeur. L'usage de cette procédure ne fut pas d'ailleurs restreint au cas où le défendeur avait triomphé au possessoire; il dut être également admis, lorsqu'on plaidait devant un magistrat qui n'avait pas la *legis actio* (I, 415, 2).

La procédure par formule pétitoire est, à l'époque classique, la procédure normale. Introduite pour les procès entre citoyens et pérégrins dans les provinces (I, 415, 2), elle fut bientôt généralisée. La formule pétitoire porte l'empreinte de l'esprit nouveau de la jurisprudence : comme l'action de bonne foi ou l'exception de dol, elle tend à donner satisfaction à l'équité de la manière la plus complète. A cet égard, elle diffère des procé-

der legis actio sacramenti *zu dem Verfahren durch* sponsio præjudicialis, 1853), dont l'opinion est suivie par M. Girard (*Manuel*, 335, 1), pense que la *sponsio* donna lieu, suivant les époques, à une *legis actio sacramenti in personam*, puis à une *l. a. per condictionem*, enfin à une action *certæ pecuniæ*. Les Prudents, dit-il, n'avaient pas le droit de créer une procédure nouvelle : ils ne pouvaient que suggérer le recours à un expédient, à une *sponsio* soumise au droit commun. Cette manière de voir souffre bien des objections : 1° il y a contradiction à exercer une action réelle dans la forme d'une action personnelle ; 2° celui qui aura succombé en se présentant comme créancier renouvellera sa demande en se présentant comme propriétaire et en exerçant l'action de la loi *per sacramentum in rem :* la règle *bis de eadem re ne sit actio* sera éludée; 3° Cicéron (*loc. cit.*) oppose l'action de la loi à l'*actio per sponsionem :* ce sont donc deux procédures distinctes; 4° Gaius (IV, 91) présente l'*actio per sponsionem* comme une action *in rem* de même que la formule pétitoire. Cf. en ce sens Jobbé-Duval, I, 483.

(1) La question est discutée. Certains auteurs pensent que la procédure *per sponsionem* eut d'abord un caractère pénal; elle aurait exigé des stipulations réciproques. En un mot, ce serait une variété de procédure par le pari (Jobbé-Duval, I, 460).

dures antérieures autant qu'une action de bonne foi diffère d'une action de droit strict (1). Elle n'a de commun avec la procédure *per sponsionem* que son caractère unilatéral : les parties jouent chacune un rôle distinct; il y a un demandeur qui doit prouver sa prétention à la propriété, un défendeur qui, en règle générale, a la possession et qui la garde si le demandeur ne fait pas sa preuve (2).

Deux traits donnent à la nouvelle procédure une physionomie à part : 1° la question de propriété est directement soumise au juge; 2° la formule pétitoire est une formule arbitraire : le juge doit, s'il reconnaît le bien fondé de la prétention du demandeur, fixer lui-même l'étendue de la condamnation encourue par le défendeur à défaut de restitution.

Pour conserver l'avantage de la possession durant le procès, le défendeur est tenu de fournir la caution *judicatum solvi*. Cette satisdation remplace la stipulation *pro præde litis et vindiciarum* de la procédure *per sponsionem*. Elle comprend trois promesses distinctes garanties par des cautions (3) : 1° promesse de payer le montant de la condamnation fixée par le juge; 2° de défendre au procès; 3° de s'abstenir de tout dol. Chacun de ces engagements entraînait une responsabilité pécuniaire différente : en quoi cette satisdation différait de la stipulation *pro præde litis et vindiciarum* (4). Faute de fournir la satisdation *judicatum solvi*, le défendeur est tenu de transférer la possession au demandeur (5), si celui-ci offre de donner caution; et dès lors les rôles sont intervertis. Sinon on laisse la chose en l'état, ou on la confie à un séquestre.

§ 3. *Office du juge.* — Le juge a deux questions à examiner : 1° si le demandeur est propriétaire; 2° si le défendeur est possesseur. Le demandeur doit justifier d'un titre d'acquisition régulier. Il doit de plus, s'il a acquis en vertu d'un mode dérivé, prouver que son auteur était lui-même propriétaire, puis l'auteur de son auteur et ainsi de suite (*probatio diabolica*) : il est en effet de principe qu'on ne peut transmettre à autrui plus de

(1) Comme l'action de bonne foi, la formule pétitoire a dû s'introduire dans la pratique sous la forme d'un *arbitrium honorarium* : elle en a conservé tous les caractères.

(2) Diocl., C., III, 32, 28 : *Res alienas possidens, licet justam causam nullam habeat tenendi, non nisi suam intentionem implenti restituere cogitur.*

(3) Ulp., 78 ad Ed., D., XLVI, 7, 6 : *Judicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet : de re judicata, de re defendenda, de dolo malo.*

(4) Celle-ci avait pour objet *una quantitas*. Cf. Lenel, *E. P.*, 416.

(5) Pour les immeubles, le Préteur rend l'interdit *quem fundum* (frg. *Vindob.*, 4) ; pour un meuble, il autorise le demandeur à le prendre ou à l'emmener (Ulp., 1 ad Ed., D., II, 3, 1, 1). Cf. Pellat, 30 et 412.

droit qu'on en a soi-même (1). Toutefois, si le demandeur réussit à établir qu'il a possédé la chose pendant le temps et avec les conditions requises pour l'usucapion, la preuve qui lui incombe sera simplifiée (2).

Le demandeur doit, en outre, prouver que le défendeur possède (3). Il a dû au préalable s'en assurer par une *interrogatio in jure* (4), sans quoi la poursuite serait inutile. Si le défendeur déclare qu'il ignore le fait de la possession, le demandeur prouvera par exemple que la chose fait partie du pécule de son fils ou de son esclave. Dès lors le défendeur est dans la nécessité de restituer, à moins qu'il n'ait opposé quelque exception (*doli mali* ou *rei venditæ et traditæ*).

Le juge clôt le débat en déclarant que la prétention du demandeur est ou non fondée, puis il condamne ou absout le défendeur. Mais comme toute condamnation doit être pécuniaire, il le condamnera, non pas à restituer, mais à payer la valeur de la chose et de ses accessoires (*litis æstimatio*) (5). Il y avait là un inconvénient sérieux, que le Préteur atténuait en insérant dans la formule pétitoire la clause *nisi ea res arbitratu tuo A° A° restituatur* (6). Cette clause rend l'action arbitraire et confère au juge le pouvoir d'inviter le défendeur à restituer, et pour le cas où cette invitation resterait sans effet, de le condamner à la somme qui a été fixée par le demandeur sous la foi du serment (7). La clause arbitraire fournit ainsi un moyen indirect de contraindre le défendeur à restituer. S'il défère à l'invitation du juge, il sera absous; s'il refuse, il sera condamné, et le chiffre de la condamnation, fixé par le demandeur lui-même, sera, en dépit du serment exigé ou malgré la *taxatio* du juge, assez élevé pour que le défendeur ait tout intérêt à obéir à l'*arbitrium* du juge (8).

(1) P. 236, 8.
(2) GAIUS, 21 ad Ed. prov., D., XLI, 3, 1.
(3) PEGAS., ap. ULP., D., VI, 1, 9.
(4) GAIUS, 7 ad Ed. prov., *eod.*, 36; JAV., ap. PAUL, 2 Quæst., D., XI, I, 20, 1.
(5) La *litis æstimatio* est considérée comme un prix d'achat; la propriété de la chose revendiquée passe au défendeur (PAUL, 10 ad Sab., D., VI, 1, 46) si elle est *nec mancipi*, sinon le défendeur aura un titre pour usucaper. Cf. PELLAT, 295. Il y a ici un cas d'aliénation nécessaire (ULP., 36 ad Ed., D., XXVII, 9, 3, 2).
(6) MAURIC., ap. PAUL, 21 ad Ed., *eod.*, 35, 1; ULP., 51 ad Ed., *eod.*, 68. Cf. CIC., 2ª in *Verr.*, II, 12, 31.
(7) GAIUS, IV, 48, 163; MARC., ad form., hyp., D., XX, 1, 16, 3; PAUL, 76 ad Ed., D., XLVI, 1, 73; 13 ad Sab., D., XII, 3, 2. Voir notre article JUSJURANDUM (*Dict. des Antiq.*, V, 774-775).
(8) L'*arbitrium judicis* peut-il, à l'époque classique, être exécuté *manu militari?* Un texte d'Ulpien (D., VI, 1, 68) le dit; mais la fin de la première phrase (vis *Si quidem...*) et la dernière ont été sûrement interpolées pour mettre le texte d'accord

§ 4. *Fonctions nouvelles de la revendication.* — La revendication, action réelle, fait parfois fonction d'une action personnelle. Tantôt elle tient lieu d'une action pénale et sert à réprimer certains actes délictueux commis par le défendeur; tantôt elle joue le rôle d'une *condictio* et sanctionne certaines obligations quasi contractuelles imposées aux deux parties en raison des fruits ou des impenses. Cette application anormale de la revendication a été admise par la jurisprudence pour des raisons d'équité et afin de simplifier la procédure (I, 723, 2).

1° La revendication tient lieu d'une action pénale dans deux cas où le défendeur a causé injustement un dommage au demandeur. Elle est donnée :

a) Contre celui qui, par dol (1), a cessé de posséder avant la *litiscontestatio* (2) : on le traite comme s'il possédait encore (3). Le dol consiste soit à mettre le demandeur hors d'état d'exercer son action en abandonnant la chose (4), soit à rendre la poursuite plus difficile en transférant la chose à autrui (5).

b) Contre celui qui s'est offert au procès (*qui liti se obtulit*). Le dol consiste ici à se présenter comme possesseur alors qu'on ne l'est pas, à tromper le demandeur en le détournant d'agir contre le véritable possesseur qui, pendant ce temps, achèvera d'usucaper. Si le dol persiste jusqu'à la *litiscontestatio*, le défendeur sera condamné à indemniser le demandeur du tort qu'il lui

avec le droit en vigueur au Bas-Empire. On ne comprendrait pas autrement que la *litis æstimatio* d'une chose appartenant à un pupille fût considérée comme un cas d'aliénation nécessaire. Cf. Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 29, 3, 13. Accarias (II, 994) objecte que l'emploi de la *manus militaris* était proscrit sous Justinien et même depuis l'an 393. Théodose II (C., I, 46, 1) avait défendu de faire intervenir le *tuitio militaris* dans les affaires des particuliers. Mais il s'agit ici de la force publique placée sous les ordres des *magistri utriusque militiæ :* c'est à eux en effet que la constitution est adressée. Il n'est pas question des soldats détachés au service des magistrats et qu'on désigne par l'expression *officium judicis*. Cf. Marc., C., IX, 39, 2 pr.

(1) Celui qui, sans dol, a cessé de posséder avant la *litiscontestatio* par suite d'une vente, peut être tenu dans la mesure de son enrichissement, si le propriétaire de la chose ne peut plus la revendiquer parce qu'elle a été usucapée ou qu'elle a péri (Jul., ap. Afr., 2 Quæst., D., XII, 1, 23).

(2) La jurisprudence s'est inspirée d'une règle plusieurs fois déjà consacrée par l'édit : interdit de *precario* (p. 219, 1); *de tabulis exhibendis* (Ulp., D., XLIII, 5, 1 pr.); action *ad exhibendum* (Lab., ap. Pomp., D., X, 4, 15); édit *si quis omissa causa testamenti* (Ulp., D., XXIX, 4, 1, 10). Cette règle était connue de Labéon (*eod.*, 1, 12) : *Non minus delinquere eum qui non incipiat possidere quam eum qui desinat.* Paul (D., VI, 1, 27, 3) l'attribue au Sc. Juventien, mais ce Sc. n'a fait que consacrer législativement une règle déjà admise par la pratique.

(3) Paul, 22 ad Ed., D., L, 17, 131 : *Qui dolo desierit possidere pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est;* Ulp., 68, 71 ad Ed., *eod.*, 150; 157, 1.

(4) Ulp., 13 ad Ed., D., IV, 7, 4, 1. Cf. d'autres exemples dans Jul., ap. Ulp., 24 ad Ed., D., X, 4, 9 pr.

(5) Gaius, 4 ad Ed. prov., *eod.*, 1, 1; 3 pr., 1-3.

cause, à moins qu'il n'obtienne du possesseur la restitution de la chose (1).

Dans les deux cas où la revendication est donnée contre un non-possesseur, la peine encourue est fixée par le demandeur sous la foi du serment, mais sans *taxatio;* elle est d'autant plus rigoureuse, que le demandeur conserve son droit d'agir contre le véritable possesseur; il n'est même pas tenu de céder ses actions lorsqu'il a reçu du non-possesseur la *litis æstimatio* (2). Si le défendeur est mort avant la *litiscontestatio*, les héritiers resteront tenus dans la mesure de leur enrichissement, suivant la règle appliquée aux actions pénales : mais comme ils n'ont pas commis le dol, la revendication sera remplacée par une action *in factum* (3).

2° La revendication tient lieu d'une *condictio* destinée à empêcher l'enrichissement injuste du défendeur ou du demandeur. Le juge de l'action pétitoire a le devoir d'imposer au défendeur toutes les prestations que commande l'usage des honnêtes gens en se montrant plus ou moins rigoureux, suivant qu'il est de mauvaise ou de bonne foi. A l'inverse, il peut, le cas échéant, l'autoriser à exercer certaines rétentions.

a) En principe, le défendeur n'est obligé envers le demandeur qu'à partir de la *litiscontestatio*. Mais dès ce moment il est traité comme l'administrateur de la chose d'autrui ; si convaincu qu'il soit de son bon droit, il doit prévoir la possibilité de perdre son procès. Il est donc tenu de restituer, avec les fruits perçus et ceux qu'il aurait pu percevoir, tout ce qu'il a acquis à l'occasion de la chose depuis ce moment. De plus, il répond de la perte totale ou partielle survenue par sa faute (4).

Le possesseur de mauvaise foi répond en outre des cas fortuits : il est considéré comme étant en demeure à partir de la *litiscontestatio* (5). Cependant, il serait libéré s'il parvenait à

(1) Ulp., 70 ad Ed., D., VI, 1, 25; Paul, 2 ad Plaut., *eod.*, 26. Cette application de la revendication est attribuée à Marcellus (ap. Ulp., *loc. cit.;* 15 ad Ed., D., V, 3, 13, 13). Celsus (4 Dig., *eod.*, 45) donnait l'action *ex stipulatu* en vertu de la clause de dol contenue dans la stipulation *judicatum solvi.*

(2) Ulp., 51 ad Ed., D., VI, 1, 68; Paul, 13 ad Sab., *eod.*, 69; Ped., ap. Paul, 11 ad Ed., *eod.*, 7.

(3) Jul., 55 Dig., *eod.*, 52.

(4) Gaius, 7 ad Ed. prov., D., VI, 1, 20; 36, 1; Pomp., ap. Paul, 21.

(5) La distinction établie à cet égard entre les possesseurs de bonne et de mauvaise foi est de droit nouveau. Suivant les Proculiens, le défendeur à la revendication devait supporter la perte fortuite; les Sabiniens étaient d'un avis opposé (ap. Paul, 20 ad Ed., D., V, 3, 40). L'opinion de Proculus était encore soutenue par Ulpien (15 ad Ed., *eod.*, 25, 7), pour qui tout défendeur est de mauvaise foi après la *litis contestatio.* Elle fut consacrée par deux rescrits en 200 et en 369 (Sev., Carac., C. III, 39, 2; Valent., Val., C., VII, 51, 2). La distinction proposée par Paul n'en

démontrer que la chose eût péri également entre les mains du demandeur (1), à moins que celui-ci n'allègue qu'il aurait évité la perte en vendant la chose (2). Le possesseur de mauvaise foi est même tenu de la perte totale ou partielle antérieure à la *litis contestatio*, si elle provient de son dol, car la revendication se donne contre celui qui, par dol, a cessé de posséder (3). Quant aux fruits perçus par lui avant la *litiscontestatio*, ou ils existent encore, et le propriétaire les revendiquera ; ou ils ont été consommés, et, dans ce cas, il en demandera compte par une *condictio* (4).

b) Le défendeur a un droit de rétention en raison de certaines impenses qu'il a faites sur la chose revendiquée. On a vu (p. 112) qu'il faut distinguer les impenses nécessaires (5), utiles (6), voluptuaires. Tout possesseur, le voleur excepté, a le droit de se faire tenir compte des dépenses nécessaires (7). Pour les impenses utiles, le possesseur de bonne foi peut seul réclamer, de ce chef, une indemnité, pourvu que l'amélioration qui en résulte subsiste encore lors de la restitution. Cette indemnité sera

est pas moins fort judicieuse : elle applique une doctrine formulée par Julien (17 ad Ed., D., L, 17, 63) : *Qui sine dolo ad judicium provocat, non videtur moram facere.*

(1) Sab., Cass., ap. Gaium, 9 ad Ed. prov., D., XVI, 3, 14, 1.

(2) Ulpien (16 ad Ed., D., VI, 1, 15, 3) admet ce tempérament à la doctrine Sabinienne.

(3) Est-il également tenu de la perte fortuite ou causée par sa faute avant la *litis contestatio ?* C'est l'opinion de beaucoup d'interprètes (Vanerow, I, 648 ; Pellat, 290). Mais les textes qu'ils invoquent (Ulp., D., V, 3, 25, 2 ; 31, 3 ; D., VI, 1, 45) ne supposent nullement la perte de la possession, et par conséquent ne prouvent pas que la revendication puisse être donnée ici contre un non-possesseur. Cf. Windscheid, I, § 193, 13.

(4) Ulp., 30 ad Ed., D., XIII, 7, 22, 2 ; Diocl., C., IV, 9, 3. Le possesseur de mauvaise foi est-il tenu des fruits qu'il a négligé de percevoir ? Au temps d'Auguste, le défendeur à la revendication n'en était jamais tenu (Lab., 4 Pith., D., VI, 1, 78). Sous Hadrien, le Sc. Juventien imposa cette responsabilité au possesseur de mauvaise foi, défendeur à la pétition d'hérédité. L'innovation fut-elle étendue à la revendication ? Telle paraît être l'opinion de Paul (D., VI, 1, 27, 3), qui applique à la revendication la règle sur la responsabilité du dol passé consacrée par le Sc. Juventien (cf. Pellat, 344). Mais cette opinion nouvelle, que Paul présente comme « non absurde », ne fut pas immédiatement adoptée. Les textes précités le prouvent : Ulpien et Dioclétien ne donnent pas la revendication pour les fruits perçus, ils ne devaient pas davantage l'admettre pour les fruits qu'on aurait dû percevoir. Au ɪᴠᵉ siècle, l'opinion de Paul a prévalu (Valent., Val., C. Th., IV, 19, 1).

(5) Paul, 6 ad Plaut., D., L, 16, 79 pr. : *Impensæ necessariæ sunt quæ, si factæ non sint, res aut peritura aut deterior futura sit.* Cette définition n'est pas rigoureusement exacte : une dépense faite pour une chose qui n'en vaut pas la peine ne saurait être une dépense nécessaire. (Proc., Cels., ap. Ulp., 10 ad Ed., D., III, 5, 9 (10). A l'inverse, des travaux neufs, devant servir à la bonne exploitation d'un fonds, peuvent, suivant les cas, constituer une dépense nécessaire (Lab., cité p. 112, 3 ; Ulp., 31 ad Sab., D., XXIV, 3, 7, 16). Cf. Petrazycki, *Einkommen*, I, 150.

(6) Fulcin., ap. Paul, *l. c.*, 79, 1 ; Ulp., D., XXV, 1, 5, 3 ; Paul, *eod.*, 6 ; 10.

(7) Gord., C., III, 32, 5, 1 ; Paul, 39 ad Ed., D., XIII, 1, 13 ; Alex., C., VIII, 51, 1.

limitée à la plus-value sans pouvoir dépasser le montant de la dépense. Enfin, pour les impenses voluptuaires, on ne peut en aucun cas s'en faire tenir compte, mais le possesseur de bonne foi a le droit d'enlever tout ce qui peut l'être sans détérioration et qui sera pour lui de quelque profit (1).

Le droit de rétention n'est pas sanctionné par une action : il est du devoir du juge d'en tenir compte; on peut aussi le faire valoir par l'exception de dol (2). Le défendeur doit imputer sur sa créance la valeur des fruits qu'il est autorisé à conserver, déduction faite des frais de culture et autres qui sont une charge des fruits (3).

II. Action publicienne. — § 1er. *Analogie avec la revendication.* — Tandis que la revendication protège le propriétaire quiritaire, l'action Publicienne protège le possesseur *in causa usucapiendi* : elle lui permet de réclamer la possession qu'il a involontairement perdue. On le traite par anticipation comme s'il avait achevé d'usucaper, comme s'il était déjà propriétaire; on lui donne une action fictice modelée sur la revendication et soumise aux mêmes règles (4). Deux différences pourtant les séparent : l'une quant à la preuve, l'autre quant au fondement de la poursuite. *a*) Le demandeur n'a que deux faits à établir : la tradition qui lui a été faite, la juste cause qui l'a motivée. Il n'a pas à prouver que son auteur était propriétaire. *b*) La question soumise au juge n'est pas la même que dans la revendication : le juge n'a pas à rechercher si la chose est actuellement au demandeur, mais si elle serait à lui en supposant achevé le délai de l'usucapion. Par conséquent, le défendeur qui a succombé dans le débat soulevé par le possesseur *in causa usucapiendi* pourrait prendre l'offensive et intenter la revendication sans avoir à redouter l'exception de chose jugée.

(1) Cels., 3 Dig., D., VI, 1, 38. Cf. sur ce texte, p. 227, 4. Le *jus tollendi* est accordé au possesseur de mauvaise foi par trois textes (Ulp., *eod.*, 37; Paul, *eod.*, 27, 5; Gord., *loc. cit.*), dont le premier tout au moins est très suspect d'interpolation. En tout cas, la règle n'apparaît pas avant le IIIe siècle.

(2) Jul., 39 Dig., D., XII, 6, 33; Pap., 2 Resp., D., VI, 1, 48 : *Exceptione doli opposita, per officium judicis, æquitatis ratione, servantur.* Cette exception n'est pas nécessaire dans une formule qui confère au juge des pouvoirs aussi larges; il fallait sans doute une raison spéciale pour qu'on en fît usage (Scæv., 3 Dig., D., V, 3, 58 : *Etsi non exciperetur, satis per officium judicis consuli*). L'opposition établie par Scævola entre l'usage de l'exception et l'office du juge donne lieu de croire que dans le texte de Papinien les mots *exceptione doli opposita* ont été interpolés. Cf. Pernice, *Labeo*, II, 1, 235.

(3) Ulp., 62 ad Ed., D., XXII, 1, 46; Sab., ap. Paul, D., V, 3, 36, 5.

(4) Paul, 1 ad Ed. præt., D., XLIV, 7, 35 pr. : *Ad exemplum vindicationis;* Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 2, 7, 8. Le possesseur peut également exercer comme actions utiles l'action en partage (Ulp., 20 ad Ed., D., X, 3, 7, 2) ou l'action de la loi Aquilia (18 ad Ed., D., IX, 2, 11, 8; 17).

§ 2. *Qui peut intenter la Publicienne?* — Bien que la Publicienne ait été créée pour celui qui a acquis par tradition une *res mancipi*, ou qui a acquis une chose *mancipi* ou *nec mancipi* d'un non-propriétaire, mais avec juste titre et bonne foi (I, 508), elle peut aussi être intentée par le propriétaire quiritaire à l'encontre d'un possesseur qui ne serait pas dans les conditions voulues pour l'exercer; il lui suffirait pour obtenir gain de cause de prouver que la chose lui a été livrée en vertu d'une juste cause (1).

§ 3. *Contre qui est-elle efficace?* — La Publicienne se donne, comme la revendication, contre tout possesseur, mais elle n'est efficace que contre celui qui possède en vertu d'une cause moins bonne que celle du demandeur.

a) Si le défendeur est le propriétaire quiritaire, il fera rejeter la poursuite en justifiant de son droit de propriété, à moins que le demandeur ne paralyse l'exception *justi dominii* par une réplique de dol ou *rei venditæ et traditæ* (2).

b) Si le défendeur est lui-même *in causa usucapiendi*, à qui donnera-t-on la préférence? Pas de difficulté si l'un des plaideurs a traité avec le propriétaire : c'est lui qui doit l'emporter (3). Dans le cas contraire, une distinction est nécessaire : si les deux plaideurs ont acquis la chose d'une même personne, on préférera celui qui, le premier, a reçu tradition (p. 235, 1). Celui-ci pourrait en effet repousser son auteur en invoquant la tradition qui lui a été faite : il repoussera de même l'ayant cause de son auteur (4). Si les plaideurs ont traité avec deux personnes différentes qui, ni l'une ni l'autre, n'étaient propriétaires de la chose, on donne gain de cause à celui qui est en possession : *in pari causa potior est causa possidentis* (5).

(1) La Publicienne ne peut être exercée par celui qui a aliéné sa chose. L'opinion contraire, soutenue par M. Appleton (*Propriété prétorienne*, I, nº 49), soulève de graves objections. Cf. Audibert, *Nouv. Rev. hist.*, XV, 275, 296; Erman, *Z. Sav., St.*, XIII, 191; Girard, *Manuel*, 348, 4. La Publicienne a été étendue, au IIIe siècle, à la protection des servitudes établies par quasi-tradition, des fonds provinciaux, du droit de superficie et du *jus in agro vectigali*. La formule devait subir ici des modifications qui ne sont pas connues.

(2) Nerat., 3 Membr., D., VI, 2, 17 : *Si ea res possessoris non sit;* Paul, in Pap., 10 Quæst., *eod.*, 16. Le Préteur pourrait même refuser l'exception *justi dominii* qui n'est accordée que *cognita causa* (Pap., 10 Resp., D., XVII, 1, 57).

(3) Nerat., 3 Membr., D., XIX, 1, 31, 2 : *Is omnino tuendus est.* En présence d'un simple possesseur *in causa usucapiendi*, le propriétaire prétorien paralysera par une réplique l'exception qui lui sera opposée.

(4) L'exception invoquée par le défendeur contenait, suivant Appleton (II, nº 217), la fiction de l'usucapion accomplie. C'est une conjecture que les textes ne permettent pas de vérifier. Cf. Karlowa, II, 1214, 1.

(5) Jul., ap. Ulp., 16 ad Ed., *eod.*, 9, 4; Paul, 14 ad Plaut., D., XX, 4, 14. Neratius (*l. c.*) était d'un avis opposé : suivant lui, en recevant tradition dans les conditions requises pour exercer la Publicienne, on acquiert un droit sur la chose ;

§ 4. *Nature du droit du possesseur* in causa usucapiendi. — Est-ce un droit absolu comme la propriété quiritaire? ou un droit relatif comme l'hypothèque qui n'est pas opposable à ceux qui ont acquis antérieurement un droit sur la chose? Les solutions qui précèdent conduisent à une distinction entre le propriétaire prétorien et le possesseur de bonne foi : le premier a un droit analogue à la propriété, il n'en est pas de même du second. D'après la doctrine qui a prévalu, l'antériorité de la tradition n'est pas pour lui une cause de préférence. La tradition ne lui confère pas un droit réel opposable à toute personne autre que le vrai propriétaire : elle produit seulement une présomption de propriété (1). Lorsque cette présomption est neutralisée par une présomption semblable invoquée par le défendeur, le débat doit être tranché, par application d'un autre principe, en faveur du possesseur actuel.

On a objecté que le possesseur de bonne foi et le propriétaire prétorien sont protégés par la même action (2), d'où l'on a conclu à l'identité du droit. Mais le jeu des exceptions et des répliques établit entre eux une différence : la jurisprudence a dû tenir compte du résultat final lorsqu'elle a caractérisé leur situation respective. Le rôle du Préteur et celui de la jurisprudence sont distincts : le Préteur cherche à assurer par la voie la plus simple la protection de certains possesseurs : la jurisprudence doit conformer sa construction doctrinale à la réalité. Or, dans

dès lors celui dont le droit est antérieur en date doit être préféré. L'antériorité se détermine non par la date de la convention, comme pour l'hypothèque, mais par la tradition.

(1) Cette présomption paraît à Julien suffisante pour permettre au possesseur *in causa usucapiendi* de constituer une hypothèque opposable à tous ceux à qui le constituant pourrait opposer son propre droit (ap. Ulp., 73 ad Ed., D., XX, 1, 21, 1; Paul, 19 ad Ed., *eod.*, 18). Dans un cas spécial, Julien traite le possesseur *in causa usucapiendi* comme ayant acquis immédiatement la propriété : lorsqu'il est en conflit avec une personne à qui son auteur, devenu l'héritier du vrai propriétaire, a revendu et livré la chose au mépris du contrat conclu avec lui : *Æquius esse Prætorem te tueri.* Le vendeur a commis un dol en disposant d'une chose qu'il n'avait pas *in bonis* ; son ayant cause en subira les conséquences : à l'exception *si non suus esset*, le demandeur répondra par une réplique (Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 4, 4, 32). — Paul et Ulpien vont plus loin ; ils accordent la Publicienne à certaines personnes qui n'ont jamais eu la possession : le fidéicommissaire universel à qui l'hérédité a été restituée en vertu du Trébellien (Paul, 19 ad Ed., D., VI, 2, 12, 1); l'acheteur de bonne foi d'une esclave volée, s'il veut réclamer l'enfant conçu pendant qu'il avait la mère en sa possession, né lorsqu'elle était en la possession d'un tiers (Ulp., 16 ad Ed., *eod.*, 11, 2). Sans tenir compte de la fiction d'usucapion contenue dans la formule, Paul et Ulpien estiment qu'entre deux prétendants à la même chose on doit préférer celui qui invoque un titre antérieur à la possession de l'adversaire. Le titre est, à leurs yeux, une présomption de propriété, et doit l'emporter sur une possession qui n'est pas appuyée sur un titre équivalent.

(2) L'unité de formule et d'édit, admise par nous (I, 511, 2), est aujourd'hui acceptée par Lenel (*E. P.*, I, 190) et Karlowa (II, 1211).

la réalité, on n'a pas confondu le possesseur qui a acquis *a non domino* avec celui qui a manqué d'acquérir la propriété quiritaire pour un vice de forme, ou qui a été mis en possession en vertu d'un décret du magistrat ou d'une sentence du juge.

III. La sanction donnée à la propriété provinciale est imparfaitement connue. D'après un texte non juridique du temps de Domitien (1), le possesseur d'un fonds provincial est protégé par une action réelle, dont on ignore la formule. Au IIIe siècle, Paul accorde la Publicienne à l'acquéreur de bonne foi des fonds de terre qui ne sont pas susceptibles d'usucapion (2) : il est très probable qu'il entend par là les fonds provinciaux. Le possesseur de bonne foi serait donc protégé avant l'expiration du délai de la *longi temporis præscriptio*.

CHAPITRE VII

Droits réels sur la chose d'autrui. Les servitudes.

I

NOTIONS GÉNÉRALES.

I. JURA IN RE ALIENA. — Les droits réels sur la chose d'autrui ont été consacrés les uns par le droit civil, les autres par le droit prétorien. Au droit civil appartiennent les servitudes; au droit prétorien, l'hypothèque, la superficie, le droit du fermier d'un *ager vectigalis*. Chacun de ces droits répond à des besoins différents et confère des prérogatives distinctes.

Le plus ancien de tous, la servitude peut être établie au profit d'un fonds ou d'une personne : dans le premier cas, la servitude est prédiale ou réelle; dans le second, elle est personnelle. Les servitudes prédiales ont pour but de faciliter l'exploitation ou d'accroître la valeur d'un fonds (droits de passage ou de puisage, droits de vue). Les servitudes personnelles procurent à une personne des moyens d'existence, sa vie durant. Dans les deux cas, la propriété n'est pas déplacée : le titulaire de la servitude acquiert seulement le droit d'utiliser, dans une proportion plus ou moins large, la chose d'autrui.

(1) P. 196, 5. Cf. LENEL, *E. P.*, I, 215.

(2) 19 ad Ed., D., VI, 2, 12, 2. D'après Appleton (*Histoire de la propriété prétorienne*, I, n° 47), la Publicienne serait la seule action accordée pour protéger la propriété provinciale. Cf. sur cette question ERMAN, *Z. Sav. St.*, XI, 275.

La superficie et le droit du fermier d'un *ager vectigalis* se rapprochent du droit de propriété : ils sont établis à perpétuité ou à très long terme, mais le titulaire du droit est tenu de payer une redevance au propriétaire. L'un et l'autre droit ont pour but de mettre en valeur des terrains dont le propriétaire n'est pas en mesure de tirer parti lui-même et qui resteraient improductifs. Enfin l'hypothèque a pour but de procurer à un propriétaire le crédit qui lui manque : elle lui facilite le moyen d'obtenir de l'argent sans être obligé de vendre sa chose.

Les droits réels prétoriens appartiennent à une période du droit plus récente. Ils diffèrent des droits réels civils sur plusieurs points essentiels : 1° Ils se forment sans solennité, par un simple pacte, comme l'hypothèque, ou par un contrat de louage, comme la superficie et le droit du fermier d'un *ager vectigalis*. 2° Le caractère de droit réel n'y est pas pur de tout mélange : tantôt le titulaire du droit est obligé *ad faciendum* comme le superficiaire ou le fermier; tantôt, comme dans l'hypothèque, la chose sur laquelle porte le droit est affectée au payement d'une créance (*obligatio rei*).

II. Les servitudes. — La servitude, comme son nom l'indique, est l'état d'une chose asservie : pour les choses, comme pour les personnes, il existe un état d'asservissement qu'on oppose à l'état de liberté. Le mot servitude exprime sous une forme un peu grossière la façon dont les Romains conçurent tout d'abord la distinction du droit et de son objet. Anciennement on considéra la servitude comme une chose corporelle; on l'identifia avec la partie du fonds sur laquelle elle s'exerçait. L'ayant droit disait : Le passage, l'eau est à moi (I, 272-273). Le fonds sur lequel portait la servitude n'était plus *optumus maximus* (1) : il était moins bon et moins grand; il ne procurait plus autant d'avantages, car une partie du fonds était affectée à l'usage du voisin (2). Certes le voisin n'avait pas un droit de propriété : il n'avait ni la faculté de jouir ni celle de disposer. Mais, sauf convention contraire (3), il avait l'usage exclusif de la chose dans la mesure des besoins de son fonds (4) ; il n'était pas dans l'indivision avec le propriétaire.

Cette conception devint insuffisante lorsqu'il y eut des servi-

(1) Proc., 6 *Ep.*, D., L, 16, 126.
(2) Cette idée se retrouve au IIe siècle : la constitution d'une servitude, dit S. Pedius (ap. Ulp., 52 ad Ed., D., XXXIX, 1, 5, 9), entraîne une *juris deminutio* du fonds servant et une extension du fonds dominant.
(3) Ulp., 6 opin., D., VIII, 4, 13, 1; Claud., C., III, 34, 6.
(4) La servitude doit être exercée *civiliter* (Cels., 5 Dig., D., VIII, 1, 9).

tudes qui ne s'exerçaient pas sur une partie déterminée du fonds, comme la servitude de jour. L'ayant droit ne pouvait prétendre que le jour était à lui : il dut se borner à dire qu'il avait un droit (*jus sibi esse*) et à en indiquer l'objet. Ainsi se forma la notion d'un *jus in re aliena,* et l'on distingua les *jura prædiorum rusticorum* et les *jura prædiorum urbanorum.* Dès lors la servitude devint une chose incorporelle : elle porta sur le fonds tout entier et non sur une parcelle déterminée. Le fonds fut considéré comme asservi (*servus*), par opposition au *fundus liber* qui n'était pas grevé de servitude (1). Le mot *servitus* fut, à la même époque, employé pour désigner la charge imposée au fonds : *servitutem habere, perdere*, dit Servius (2).

Au IIe siècle de notre ère, on appliqua le mot *servitus* à une autre classe de droits sur la chose d'autrui qui ont pour trait distinctif d'être établis au profit d'une personne, comme l'usufruit. Il y eut dès lors deux sortes de servitudes : les servitudes réelles ou prédiales et les servitudes personnelles.

III. Caractères communs a toutes les servitudes. — De la notion de servitude, la jurisprudence a déduit plusieurs conséquences :

1° La servitude est un droit établi au profit d'une personne ou d'une chose; donc : *a*) elle doit conférer un avantage pécuniairement appréciable pour le fonds dominant ou pour le titulaire de la servitude personnelle (3); *b*) elle est inséparable de la personne ou du fonds en faveur duquel elle a été constituée (4) : elle s'éteint à la mort de l'usufruitier; elle suit le fonds dominant entre quelques mains qu'il se trouve; elle ne peut être affectée à l'usage d'une autre personne ou d'un autre fonds : *Servitus servitutis esse non potest* (5).

2° C'est un droit réel; donc un droit opposable à tout le monde, même au propriétaire de la chose. Mais ce droit, portant directement sur la chose, ne doit entraîner pour le propriétaire

(1) Cic., *De lege agr.*, III, 2, 9; *De or.*, I, 39, 178; Ofil., ap. Paul, 49 ad Ed., D., XXXIX, 3, 2, 10; Alf., 2, 5 Dig. ep., D., VIII, 5, 17, 1; VIII, 2, 33.

(2) Ap. Paul, 13 ad Plaut., D., VIII, 6, 7 : *Veteres*, ap. Mod., D., XIX, 1, 39; *C. I. L.*, VI, 29784 : *Via... junctis debetur, ita ut hodie in usu est.*

(3) Pomp., 33 ad Sab., D., VIII, 2, 15 pr. : *Quotiens nihil vicinorum intersit, non valet, veluti ne per fundum tuum eas, aut ibi consistas ; et ideo si mihi concedas jus tibi non esse fundo tuo uti frui, nihil agitur.*

(4) Paul, 23 ad Ed., D., X, 2, 15; Ulp., 15 ad Sab., D., VIII, 4, 12. Celsus (5 Dig., D., L, 16, 86) considère les servitudes prédiales comme une qualité du fonds *ut bonitas*, *salubritas*, *amplitudo.*

(5) Paul, 3 ad Sab,, D., XXXIII, 2, 1. Cette règle paraît due à une interpolation. Peut-être, comme l'a proposé Perozzi (*Bull. di d. R.*, VI, 1. Cf. Scialoja, *ibid.*, VI, 37), Paul avait-il écrit *fructus* au lieu de *servitus* et reproduit une règle citée par Julien (ap. Afr., 9 Quæst., D., VIII, 3, 33, 1). En tout cas, cette règle n'a pas été rigoureusement observée (Paul, Afr., *l. c.*).

aucune obligation de faire. Une servitude peut consister *in non faciendo,* ou *in patiendo,* jamais *in faciendo* (1).

3° C'est un droit sur la chose d'autrui; donc on ne peut avoir de servitude sur sa propre chose : *Nemini res sua servit* (2). Si le propriétaire du fonds servant acquiert la propriété du fonds dominant ou réciproquement, la servitude s'éteint par confusion (3).

II

SERVITUDES PRÉDIALES.

I. Caractères propres aux servitudes prédiales. — 1° Les servitudes prédiales sont établies sur un fonds au profit d'un autre fonds. C'est une particularité de leur construction; tandis que la propriété établit un rapport direct entre une personne et une chose, la servitude prédiale suppose un rapport entre deux fonds : l'un est le *fonds dominant,* l'autre le *fonds servant.*

2° Les servitudes prédiales ne peuvent être établies que pour l'utilité et dans la mesure des besoins du fonds dominant (4).

a) Une servitude qui n'aurait qu'un but d'agrément personnel pour le propriétaire serait nulle (5); une servitude qu'il ne pourrait personnellement utiliser n'en serait pas moins valable (6). L'essentiel, c'est qu'elle profite au fonds, qu'elle le rende plus agréable (7).

(1) Ulp., 17 ad Ed., D., VIII, 5, 6, 2 : *Gallus putat non posse ita servitutem imponi ut quis facere aliquid cogeretur, sed ne me facere prohiberet.* Par exception, pour la servitude *oneris ferendi*, le propriétaire du fonds servant doit entretenir en bon état le mur d'appui (Serv., *eod.*). Il peut d'ailleurs se décharger de cette obligation par un délaissement, car il n'est tenu que *propter rem* (Lab., *eod.*). Aquilius Gallus essaya vainement d'appliquer ici la règle générale : elle était contraire à l'usage ; en constituant cette servitude, on avait soin de convenir : *Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit* (Paul, 5 ep. Alf., D., VIII, 2, 33). Elle était peu satisfaisante en pratique : il y aurait eu de graves inconvénients à laisser au propriétaire du fonds dominant le soin de réparer un mur qui était surtout utile au fonds servant. On l'obligea seulement à étayer sa construction pendant les réparations (Ulp., *l. c.*, 8 pr.). Cf. Elvers, *Die röm. Servitutenlehre*, 61; Karlowa, *Rg.*, II, 524.

(2) Paul, 15 ad Sab., D., VIII, 2, 26.

(3) Cette conséquence et les précédentes ont été écartées dans quelques cas où elles auraient conduit à un résultat inique ou contraire à la volonté du constituant. Obligation pour le légataire d'un fonds de rétablir une servitude éteinte par confusion au préjudice de l'héritier : si le légataire refuse, l'héritier écartera la demande d'exécution du legs par une exception de dol (Pap., 31 Quæst., D., VIII, 1, 18; Flor., 11 Inst., D., XXX, 116, 4). — Faculté de céder à un tiers l'usage d'une servitude : textes cités p. 267, 5. Voir aussi pour la servitude *oneris ferendi* la note 1 ci-dessus.

(4) Paul, 21 ad Ed., D., VIII, 5, 5

(5) Paul, 15 ad Plaut., *eod.*, 1, 8 pr.

(6) Lab., 4 poster. ep., D., VIII, 1, 19.

(7) Pomp., 34 ad Sab., D., XLIII, 20, 3 pr. : *Amœnitatis causa aqua duci potest.*; Ulp., 17 ad Ed., D., VIII, 5, 8, 1 ; 29 ad Sab., D., VIII, 2, 3 et 15 ; Jav., 12.

b) L'étendue de la servitude est limitée aux besoins du fonds dominant (1) : celui qui a une servitude d'aqueduc ne peut prêter de l'eau à ses voisins (2). L'étendue de la servitude peut être restreinte par convention : on peut convenir que le titulaire d'une servitude d'aqueduc n'aura le droit d'utiliser l'eau qu'à certaines heures du jour ou de la nuit, ou à certaines saisons (3).

Ces deux conditions, requises pour qu'une servitude prédiale soit valablement constituée, sont autant de restrictions apportées à la liberté des parties. Cette liberté, qui est la règle en matière de contrats, aurait présenté ici trop d'inconvénients : une servitude est une entrave à l'exercice du droit de propriété; elle peut devenir une source de conflits entre voisins. Il a paru convenable de renfermer les servitudes dans d'étroites limites.

3° L'ancien droit fut à cet égard plus exigeant que le droit postérieur. Pour qu'une servitude prédiale fût valablement constituée, il fallait : *a*) que le fonds dominant et le fonds servant fussent contigus. Cette condition, qui a toujours été maintenue pour les servitudes rurales (4), a été abandonnée pour les servitudes urbaines (5) : le fonds dominant et le fonds servant peuvent être séparés par un ou plusieurs fonds intermédiaires. *b*) Que ni dans le présent ni dans l'avenir on ne pût prévoir l'extinction de la servitude. D'où l'on avait déduit deux conséquences : α) une servitude ne peut être établie à terme ou sous condition. Cette conséquence fut écartée dès le début de l'Empire sous l'influence de l'école Sabinienne (6) : on put se prévaloir d'une modalité de ce genre par voie d'exception. β) Une servitude doit avoir une *causa naturalis et perpetua*. Elle doit pouvoir s'exercer sans l'intervention du propriétaire du fonds servant (7) : une servitude de puisage ne pouvait être établie sur un étang ou sur une citerne; une servitude d'aqueduc ne pouvait l'être à un endroit quelconque d'un cours d'eau, mais seulement à sa source ou à la tête de son écoulement (*caput aquæ*) (8). La pratique trouva cette règle trop étroite : un rescrit invita le Préteur à protéger comme une servitude la permission accordée à une personne ou au possesseur d'un fonds de se servir

(1) NERAT., ap. ULP., 17 ad Ed., D., VIII, 3, 5, 1.
(2) PROC., ap. POMP., 33 ad Sab., *eod.*, 24. Labéon était d'un avis différent.
(3) SERV., ap. PAUL, 13 ad Plaut., D., VIII, 6, 7. Cette convention était surtout usitée dans l'Attique (PERROT, *Revue des Deux Mondes*, 1892, CIX, 550).
(4) PAUL, 21 ad Ed., D., VIII, 3, 7, 1.
(5) *Ib.*, 1 Man., D., VIII, 2, 39; VIII, 5, 5; ULP., 17 ad Ed., *eod.*, 4, 8; 6 pr.
(6) SAB., CASS., ap. PAP., 7 Quæst., D., VIII, 1, 4 pr.
(7) PAUL, 15 ad Sab., D., VIII, 2, 28.
(8) ULP., 70 ad Ed., D., XLIII, 20, 1, 7 et 8.

de l'eau puisée dans un fleuve au moyen d'une roue ou recueilli dans un château d'eau (1).

D'une manière générale, le droit classique a tempéré la rigueur des principes en tenant compte de l'intention des parties : il a permis de limiter l'usage d'une servitude prédiale à la vie d'une personne (2), de transformer une servitude rurale en servitude urbaine et réciproquement (3), de donner le caractère de servitude à des droits qui ne sauraient avoir une portée générale, mais qui se justifient par un état particulier des lieux (4), ou qui complètent l'avantage résultant d'une autre servitude (5).

4° Les servitudes prédiales sont indivisibles : elles ne peuvent être ni acquises ni imposées pour partie (6). De là plusieurs conséquences : *a*) Si le fonds appartient par indivis à plusieurs, il faut le concours de tous pour que la servitude soit valablement constituée (7). *b*) Une fois constituée, la servitude se conserve alors même que le propriétaire du fonds dominant deviendrait pour partie propriétaire du fonds servant (8). *c*) Tout acte d'exercice de la servitude, si limité qu'il soit, est un acte d'exercice de la servitude tout entière (9). *d*) Si le fonds dominant est divisé, chacune des parties du fonds a droit à la servitude. Réciproquement, si le fonds servant est divisé, chaque partie du fonds est grevée de la servitude (10).

II. Division des servitudes prédiales : 1° *Servitudes rurales, servitudes urbaines.* — Les servitudes prédiales sont de deux sortes : rurales ou urbaines. On les distingue d'après la nature du fonds dominant : toute servitude établie au profit d'un fonds non bâti est rurale ; toute servitude établie au profit d'une construction est urbaine. Cette distinction, fondée sur la dénomination

(1) Anton., ap. Ulp., 17 ad Ed., VIII, 4, 2 ; Paul, 1 Sent., D., VIII, 3, 9.

(2) Jul., 52 Dig., D., XLV, 1, 56, 4 ; Pap., 2 Resp., D., VIII, 3, 4 ; Paul, 3 Resp., *eod.*, 37.

(3) Jul., 41 Dig. D., VIII, 3, 14 ; Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 2, 11, 1.

(4) Proc., Nerva, Atilic., Nerat., ap. Ulp., 17 ad Ed., D., VIII, 3, 3, 1-2.

(5) Mæc., ap. Paul, 15 ad Plaut., *eod.*, 6, 1.

(6) Règle de jurisprudence : Jul. ap. Afr., 6 Quæst., D., VIII, 3, 32 : *dici solet ;* Mod., 6 Diff., D., VIII, 1, 10 : *vulgo traditur.*

(7) On exigea d'abord la coopération simultanée de tous les copropriétaires (Paul, 1 Man., D., VIII, 4, 18) ; mais, sous l'influence de Celsus, on permit aux copropriétaires d'agir successivement : la servitude était constituée le jour où le dernier d'entre eux avait donné son assentiment. Dans l'intervalle, on pourrait dire qu'il n'y a rien de fait, mais ce serait un excès de logique (*subtilis ratio*) : il vaut mieux, d'après Celsus, attribuer une certaine efficacité à la servitude et décider que les copropriétaires, qui ont déjà consenti à l'établissement de la servitude, ne pourront s'opposer à son exercice (27 Dig., D., VIII, 3, 11).

(8) Paul, 15 ad Plaut., D., VIII, 1, 8, 1.

(9) Paul, *eod.*, D., VIII, 6, 8, 1.

(10) Cels., 5 Dig., *eod.*, 6, 1. Cf. Pomp., 34 ad Sab., D., VIII, 3, 25.

donnée aux servitudes (*jura prædiorum rusticorum* ou *urbanorum*), ne concorde pas entièrement avec la classification contenue dans les textes. D'après Ulpien, sont rurales les servitudes de passage, d'aqueduc, de puisage, de pacage (1); d'après Gaius, sont urbaines les servitudes *altius tollendi, stillicidium avertendi* et autres semblables (2). Mais cette classification, fondée sur ce qui avait lieu le plus ordinairement, n'a rien de rigoureux : on est libre de donner à une servitude de passage, d'aqueduc ou de puisage, le caractère d'une servitude urbaine en l'établissant au profit d'une maison (3), et réciproquement le caractère d'une servitude rurale à un droit *altius tollendi* (4).

2° *Intérêt pratique de cette division.* — *a*) Les servitudes rurales sont *mancipi;* les servitudes urbaines, *nec mancipi; b*) les servitudes rurales peuvent être constituées par mancipation; les servitudes urbaines ne peuvent, au moins directement, être établies de cette manière ; *c*) les servitudes urbaines s'éteignent par la destruction de l'édifice auquel elles sont attachées ; *d*) les servitudes rurales s'éteignent par le non-usage. Pour les servitudes urbaines, il faut l'*usucapio libertatis; e*). Les servitudes rurales sont seules susceptibles d'hypothèque.

III. Accroissement du nombre des servitudes. — Le nombre des servitudes rurales a été quelque peu augmenté. A côté des servitudes anciennement admises (I, 274) (5), on trouve à la fin de la République la servitude d'abreuvage pour le bétail (6); la servitude *aquæ recipiendæ* qui impose la charge de recevoir les eaux d'un fonds supérieur (7); sous l'Empire, la servitude de pacage (8), le droit de faire cuire de la chaux, de déposer des matériaux, de conserver les fruits d'un fonds dans la villa d'un voisin (9), d'extraire du sable ou de l'argile (10), de couper du bois dans une forêt pour étayer une vigne (11).

Les servitudes urbaines, sans être beaucoup plus nombreuses

(1) 2 Inst., D., VIII, 3, 1 pr., 1. Cf. Nerat., ap. Ulp., *eod.*, 3 pr.
(2) 7 ad Ed. prov., D., VIII, 2, 2.
(3) Ulp., 70 ad Ed., D., XLIII, 19, 1 pr., 1 ; 16 ad Ed., D., VI, 2, 11, 1.
(4) Nerat., 4 Reg., D., VIII, 3, 2 pr. Cf. sur cette question autrefois très discutée, Machelard, *Examen critique des distinctions admises en ce qui concerne les servitudes prédiales*, 1868, p. 16.
(5) Sur la distinction des servitudes de passage, cf. Ulp., 2 Inst., D., VIII, 3, 1 pr. ; Paul, 21 ad Ed., *eod.*, 7 pr. ; Mod., 9 Diff., *eod.*, 12. Pour la servitude de puisage, certains y voyaient une servitude personnelle : Pomp., 33 ad Sab., *eod.*, 20, 3.
(6) Treb., ap. Ulp., 70 ad Ed., D., XLIII, 20, 1, 18.
(7) Ofil., ap. Paul, D., XXXIX, 3, 2, 10. Cf. Alf., D., VIII, 3, 29.
(8) Ner., ap. Ulp., *eod.*, 3 pr. Cf. Mæc., ap. Paul, *eod.*, 61, 1.
(9) Proc., Atilic., ap. Ner., *eod.*, 5, 1; Ner., *eod.*, 3, 1-7.
(10) Ulp., *eod.*, 1, 1; Proc., Atilic., Ner., *eod.*, 5, 1.
(11) Ner., *eod.*, 3, 1 ; Paul, 15 ad Plaut., *eod.*, 6, 1.

qu'autrefois, présentent des types plus variés et mieux appropriés au nouveau mode de construction des maisons. A côté des servitudes d'égout (I, 271, 4), *protegendi* ou *projiciendi* (1) (I, 516, 3), on distingue la servitude *tigni immittendi* qui confère le droit d'enfoncer une poutre dans le mur du voisin (2), *oneris ferendi* qui permet d'appuyer une construction sur un mur ou une colonne appartenant au voisin, la servitude de jour ou de vue qui comprend quatre et peut-être cinq variétés (3).

Parmi les servitudes urbaines, il en est trois qui ont fort embarrassé les interprètes (4) et dont la création s'explique historiquement : les servitudes *altius tollendi*, *luminibus officiendi*, *stillicidii non avertendi* (5). Il semble que le droit de bâtir à la hauteur que l'on veut, de gêner la vue du voisin, de ne pas recevoir l'eau de ses gouttières, constitue l'exercice normal de la propriété. Mais la propriété comporte une restriction qui est susceptible de disparaître par l'acquisition d'une servitude : cette restriction, établie pour la ville de Rome (6) à l'époque où l'on commença à construire des maisons mitoyennes, fut étendue à l'Italie (7) et aux provinces (8). Celui qui bâtit est tenu d'observer à l'égard de ses voisins la forme et l'état des anciennes constructions ; toute modification est considérée comme une pré-

(1) Proc., ap. Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 2, 29, 1; Gaius, D., VIII, 2, 2.

(2) Jav., D., VIII, 5, 12; Pomp., 33 ad Sab., D., VIII, 2, 25 pr. ; 27 pr.

(3) 1° *Altius non tollendi*, qui assure au fonds dominant tout entier l'air, le jour nécessaires et même la vue sur le fonds voisin ; 2° *Ne luminibus officiatur*, qui ne protège que les jours existant ou à établir dans le fonds dominant; 3° *Ne prospectui officiatur*, qui assure la vue libre sur le fonds voisin de manière à rendre le fonds dominant plus agréable ; elle défend d'entraver la vue même par des plantations ; 4° *Luminis immittendi*, qui confère le droit de pratiquer une ouverture dans un mur mitoyen pour prendre du jour chez le voisin ; 5° La servitude *luminum* qui se confond peut-être avec la précédente. Cf. Vangerow, I, 723 ; Karlowa, II, 529.

(4) D'après les auteurs qui considèrent la servitude comme un démembrement de la propriété, l'extinction d'une servitude serait traitée comme impliquant l'acquisition d'un droit au profit du fonds servant (Vangerow, I, 729). Cette manière de voir, qui s'appuie sur la paraphrase de Théophile, est en opposition avec les textes classiques (Paul, 54 ad Ed., D., XLI, 3, 4, 29 *in fine*).

(5) Gaius, 7 ad Ed. prov., D., VIII, 2, 2. Cf. Nerat., 4 Reg., D., VIII, 3, 2 pr. ; Afric., 9 Quæst., D., XLIV, 2, 26 pr.

(6) Le texte qui nous la fait connaître est emprunté au commentaire d'Ulpien sur l'office du consul (D., VIII, 2, 11 pr.).

(7) En 744, les magistrats de Pompéi achètent à un particulier le *jus luminum obstruendorum*. (*C. I. L.*, I, 1252).

(8) D'après une opinion très répandue, nos trois servitudes s'appliqueraient dans les cités où des règlements locaux auraient soumis les constructions à des restrictions dans l'intérêt des voisins. S'il en était ainsi, on ne s'expliquerait pas pourquoi les jurisconsultes les rapprochent des servitudes *altius non tollendi*, etc., qui ont une portée générale. D'ailleurs, les règlements municipaux qu'on invoque ne sont qu'une hypothèse : les textes mentionnent les règles faites pour la ville de Rome et étendues au reste de l'Empire. Cf. Voigt, *Rg.* I, 742 ; Karlowa, II, 530.

tention à une servitude et donne lieu à une action négatoire (1), à moins que les parties ne soient d'accord pour reconnaître au constructeur le *jus altius tollendi*, etc. A défaut de convention ou de poursuite judiciaire, l'usage prolongé, s'il n'est entaché d'aucun vice, équivaut à l'établissement d'une servitude (2).

III

SERVITUDES PERSONNELLES.

Les servitudes personnelles sont au nombre de quatre : la principale est l'usufruit; les autres sont l'usage, l'habitation, les services d'un animal ou d'un esclave. Elles appartiennent à une période de formation du droit plus récente que les servitudes prédiales. L'idée d'un droit, attaché à une personne déterminée, limité à la vie d'un individu, est incompatible avec l'organisation primitive de la propriété et de la famille. Anciennement, l'usage et la jouissance des biens patrimoniaux étaient affectés aux besoins de la famille; les groupes seuls représentés par leurs chefs avaient des droits. Il en fut autrement lorsque le régime de la propriété individuelle se substitua à celui de la propriété familiale, lorsque les mariages *sine manu* et les affranchissements se multiplièrent. Il y eut alors un nombre croissant d'individus qui, à la mort du chef de famille, se seraient trouvés dans une situation précaire; le mari, le patron avaient le devoir de leur assurer les moyens de subsistance. Le mari léguait à sa femme, le patron à son affranchi l'usufruit de ses biens ou d'un objet particulier. Il pouvait aussi se contenter de léguer l'usage, l'habitation, les services d'un esclave.

Les servitudes personnelles sont ordinairement établies par acte de dernière volonté; il est très rare qu'on ait intérêt à les constituer entre vifs : un propriétaire se résignera difficilement à se priver de la jouissance de sa chose en s'en réservant la nue propriété pour une époque indéterminée.

Les servitudes personnelles présentent deux caractères distinctifs : elles sont temporaires et inaliénables.

1° Temporaires, elles s'éteignent à l'arrivée du terme fixé et

(1) Carac., C., III, 34, 1.

(2) *Ibid.* Au Bas-Empire, Léon déclara la règle antique applicable à Constantinople (C., VIII, 10, 12, 1). Zénon la confirma, mais avec une double atténuation : 1° s'il y a entre les constructions un intervalle de 12 pieds, il permet de bâtir aussi haut qu'on voudra et d'ouvrir des jours ou vues droites; 2° si la distance n'est que de 10 pieds, on peut ouvrir des jours à 6 pieds au-dessus du sol, mais non des vues droites (*ibid.*, 12, 2-3).

toujours à la mort de l'ayant droit (1). En cela, elles diffèrent des servitudes prédiales qui sont perpétuelles comme le fonds auquel elles sont attachées. Grâce à son caractère temporaire, le legs d'une servitude personnelle permet de réserver pour l'avenir les droits de la famille (2).

2° Les servitudes personnelles sont inaliénables. On n'a pas voulu qu'en les tranférant d'une personne à une autre, l'entrée en jouissance du nu propriétaire fût indéfiniment retardée.

I. Usufruit. — § 1[er]. *Histoire de l'usufruit.* — L'usufruit apparaît aux derniers siècles de la République (3). Il présente deux particularités qui, pendant longtemps, empêchèrent de le comprendre dans la notion de servitude : *a*) Essentiellement temporaire et viager, il ne grève pas assez étroitement la chose qui en est l'objet pour qu'on puisse dire qu'elle est asservie. La servitude éveille l'idée d'un état permanent dont on n'a pas à prévoir la fin. *b*) L'usufruit peut porter non seulement sur les fonds de terre comme les servitudes, mais aussi sur des objets mobiliers, tels qu'animaux ou esclaves (4). Il peut aussi porter sur tous les biens d'une personne (5).

Malgré ces différences, il existe entre les servitudes et l'usufruit un trait commun qui détermina les jurisconsultes du IIe siècle à traiter l'usufruit comme une servitude (6) : c'est un *jus in corpore*. Il permet au titulaire de retirer de la chose d'autrui une partie de son utilité; il exige pour son exercice la détention de la chose. Diverses causes préparèrent ce rapprochement entre l'usufruit et les servitudes : d'une part, la concession au titulaire d'une servitude prédiale d'actions confessoire et né-

(1) Une atténuation a été admise par interprétation de la volonté du constituant : si un légataire d'usufruit a été chargé par fidéicommis de laisser jouir un tiers, l'usufruit sera, *jure prætorio*, réputé constitué sur la tête de ce tiers et s'éteindra à son décès (Gaius, 1 fid., D., XXXIII, 2, 29 : *Prætor jurisdictione sua id agere debet ut idem servetur quod futurum esset, si cui ex fideicommisso restitutus esset, legati jure acquisitus fuisset.* Cf. Ulp., 51 ad Ed., D., VII, 9, 9 pr.). Marcellus (ap. Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 4, 29, 2) donne au fidéicommissaire une action utile *suo nomine.*

(2) Ulpien (17 ad Sab., D., VII, 4, 5 pr.) permet de retarder le retour de l'usufruit au nu propriétaire jusqu'à la mort des héritiers du légataire. C'est une atténuation de la règle de l'intransmissibilité de l'usufruit.

(3) Cette institution existait tout au moins à la fin du VIe siècle : P. Scævola, M. Manilius et M. Brutus discutent la question de savoir si la part d'une *ancilla* appartient à l'usufruitier (Cic., *De fin.*, I, 4, 12; Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 1, 68 pr.). Cf. Karlowa, II, 533.

(4) Cic., *Top.*, IV, 21; Gaius, 5 Aur. D., VII, 1, 3, 1; Ulp., *eod.*, 7 pr.

(5) Cic., *Top.*, III, 17; Pomp., 5 ad Sab., D., XXXV, 2, 69; Venul., 10 Act. D., XXXIII, 2, 43. Au temps de ces jurisconsultes, cet usufruit s'appliquait même aux créances; mais le nu propriétaire était autorisé à déduire les dettes.

(6) Pomp., 6, 33 ad Sab., D., XXXIV, 3, 8, 3 : *Personalis servitus;* VIII, 1, 15 pr. : *Hominum servitutes;* Cels., 18 Dig., D., VII, 1, 2.

gatoire modelées sur celles qui sanctionnent l'usufruit; d'autre part, l'extension à l'usufruit des modes d'acquisition et d'extinction des servitudes.

Si l'usufruit et les servitudes prédiales permettent de retirer de la chose d'autrui une partie de son utilité, il ne faut pas en conclure que la servitude soit un démembrement de la propriété (1) : elle est seulement dépréciée au point de vue économique dans une proportion plus ou moins forte, suivant qu'il s'agit d'un usufruit ou d'une servitude prédiale. Mais cette dépréciation n'affecte pas le droit qui porte toujours sur la chose tout entière. Le propriétaire continuera à en user et à en disposer comme bon lui semble, en tant qu'il respectera le droit du titulaire de la servitude. L'existence d'une servitude restreint le droit de propriété dans son exercice : le jour où la servitude s'éteint, la propriété redevient libre de plein droit.

§ 2. *Notion de l'usufruit.* — L'usufruit est une servitude personnelle qui confère le droit de jouir et d'user d'une chose corporelle appartenant à autrui, sans porter atteinte à sa substance.

De ce que l'usufruit confère un droit de jouissance qui porte ordinairement sur les fruits de la chose, il en résulte que l'usufruit est un droit divisible : un propriétaire peut léguer l'usufruit d'une quote-part de ses biens; il peut aussi léguer à plusieurs l'usufruit de tous ses biens (2). De ce que l'usufruitier ne peut porter atteinte à la substance de la chose (3), il résulte que l'usufruit ne saurait avoir pour objet les choses corporelles qui se consomment par le premier usage (p. 182, 4).

(1) Quelques textes semblent favorables à cette manière de voir. *Fructus,* dit Papinien (7 Resp., D., XXXI, 76, 2), *portionis instar obtinet* (Cf. Paul, 2 ad Ed., D., VII, 1, 4 : *Ususfructus in multis casibus pars dominii est*). Mais ailleurs il fait remarquer que l'usufruit *in jure, non in parte consistit* (17 Quæst., D., XXXI, 66, 6), et il précise sa pensée en disant que l'usufruit n'est pas en réalité une *pars rei,* mais que, dans certains cas, il est traité comme tel : 1° pour fixer le montant du *vadimonium* en cas de procès sur la propriété, on déduit la valeur de l'usufruit (Paul, 2 ad Ed., D., VII, 1, 4); 2° lorsqu'il s'agit de savoir si l'on peut opposer l'exception *rei judicatæ* en cas d'acquisition d'une part nouvelle d'usufruit. La chose jugée contre un légataire d'usufruit n'est pas réputée jugée pour la part qu'il acquiert plus tard par voie d'accroissement (Jul., ap. Pap., 17 Quæst., D., VII, 1, 33, 1). 3° Lorsqu'il s'agit de savoir si l'on doit rétablir un usufruit éteint par confusion au préjudice de l'héritier alors que le fonds soumis à l'usufruit a été légué sous condition. Julien estime que l'usufruit entraîne une dépréciation trop importante de la propriété pour qu'on présume que le testateur ait entendu léguer une nue propriété (ap. Pap., 7 Resp., D., XXXI, 76, 2. Cf. Cujas, IV, 10, 21). Mais l'usufruit n'est plus considéré comme une partie distincte de la propriété lorsqu'on recherche si un nu propriétaire commet une *plus petitio* en affirmant que la chose grevée d'un droit d'usufruit est à lui (Jul., ap. Paul, 21 ad Ed., D., L, 16, 25. Cf. Gaius, IV, 53 a.).

(2) Pap., 7 Quæst., D., VII, 1, 5; Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 2, 1 pr.

(3) Paul, 3 ad Vitell., D., VII, 1, 1.

L'usufruit n'a pas été restreint aux choses susceptibles de fournir des moyens de subsistance : on l'a étendu à des objets de pur agrément, comme une statue, un tableau, à des fonds de terre dont l'entretien est supérieur aux revenus (1). On a voulu permettre au testateur de laisser au légataire d'usufruit non seulement une sorte de pension alimentaire, mais aussi la jouissance des biens auxquels il était habitué suivant son rang social.

§ 3. *Droits de l'usufruitier.* — L'usufruitier a le droit de jouir et d'user de la chose d'autrui.

1° Son droit de jouissance s'étend à tous les fruits (2). Il comprend le croît des animaux, le produit des mines et carrières, de la chasse et de la pêche (3). Rigoureusement, ce droit aurait dû être restreint aux besoins de l'usufruitier; mais cette restriction n'a pas été admise : elle aurait donné lieu en pratique à bien des difficultés. On a laissé au constituant le soin de déterminer en quelque sorte à forfait ce qu'il jugeait utile à l'usufruitier, en lui conférant un droit sur une portion plus ou moins étendue de son patrimoine. De là, deux conséquences : 1° l'usufruitier est libre de disposer des fruits comme il l'entend, il peut les vendre (4). Il peut aussi céder l'exercice de son droit à titre onéreux (*locare*) ou à titre gratuit (*vendere nummo uno*) (5), mais le droit reste fixé sur sa tête et s'éteint à sa mort ou à sa *capitis deminutio*. 2° Le propriétaire, privé de la jouissance de sa chose, n'a plus qu'une propriété nue (*inutilis proprietas*) (6).

L'usufruitier n'acquiert pas les fruits comme le propriétaire, par cela seul qu'ils sont détachés : il doit faire un acte de prise de possession. D'après une règle que Julien a fait prévaloir (7), il acquiert les fruits par la perception. La perception résulte ici d'un acte unilatéral, indépendant de la volonté du nu propriétaire. Il n'y a pas acquisition par tradition comme pour le fermier : il y a occupation. L'usufruitier doit prendre possession

(1) Marc., 7 Inst., D., VII, 1, 41 pr., 1; Ulp., 18 ad Sab., *eod.*, 13, 4.
(2) *Quidquid in fundo nascitur* (Ulp., *eod.*, 9 pr.; 7, 1; Paul, *eod.*, 59, 1).
(3) Sab., Cass., ap. Ulp., 17 ad Sab., *eod.*, 68, 1; 9, 1, 2 et 5.
(4) Cass., Peg., Pomp., ap. Ulp., 17 ad Sab., *eod.*, 12, 2.
(5) Pomp., 8 ad Q. Muc., D., XXIII, 3, 66.
(6) Gaius, 2 Aur., D., VII, 1, 3, 2. L'usufruitier a l'*emolumentum rei* (Pap., 7 Quæst., D., XXXI, 66, 6). C'est en raison de la dépréciation subie par la propriété que l'on dit *deducere, abscedere usumfructum* (Paul., D., VII, 1, 46 pr.; Jul., D., VII, 2, 1, 4, 5; Cels., ap. Ulp., *eod.*, 3, 1; Gaius, D., VII, 1, 3, 2), et aussi *revertitur, redit ad proprietatem*, lorsque l'usufruit s'éteint.
(7) Ap. Ulp., *eod.*, 12, 5. Voir cep. Gaius, 2 Aur., D., XXII, 1, 28 pr., qui assimile l'usufruitier au possesseur de bonne foi. La doctrine de Julien tient mieux compte du but originaire de l'usufruit; elle ne sacrifie les droits du propriétaire que dans la mesure strictement nécessaire : la prise de possession rend seule manifeste le besoin de l'usufruitier.

des fruits soit par lui-même, soit par une personne en sa puissance ou agissant en son lieu et place (mercenaire, locataire, acheteur, donataire) (1), sinon les fruits sont au nu propriétaire. L'acquisition par l'usufruitier est donc aléatoire : 1° si l'usufruit s'éteint à la veille de la récolte, l'usufruitier n'a aucun droit aux fruits (2), alors même qu'il aurait fait tous les frais de semence et de culture. A l'inverse, si l'usufruit s'ouvre avant que la récolte soit faite, les fruits sont pour lui, sans compensation pour le nu propriétaire. 2° Les fruits qui sont tombés d'eux-mêmes sont au nu propriétaire (3) ; il en est de même de ceux qui ont été volés ; le nu propriétaire a seul qualité pour les réclamer au voleur (4).

La règle sur l'acquisition des fruits par la perception s'applique aux fruits industriels aussi bien qu'aux fruits naturels ; il n'existe pas de règle spéciale pour les fruits civils (p. 229, 7) (5). Seul, l'usufruit d'un troupeau ou d'un bois est régi par des dispositions particulières :

a) L'usufruitier d'un troupeau est tenu de combler à l'aide du croît les vides qui se produisent (6). La propriété des petits des animaux reste en suspens jusqu'à ce qu'on sache si l'usufruitier les fera servir à compléter le troupeau (7).

(1) L'usufruitier a le droit de percevoir les fruits avant qu'ils soient mûrs (Paul, 9 ad Plaut., *h. t.*, 48, 1).

(2) Lab., ap. Paul, 3 ad Sab., D., VII, 4, 13.

(3) Paul (*eod.*) distingue *olea excussa* et *olea quæ per se deciderit*.

(4) Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 12, 5.

(5) Les textes qu'on a invoqués en sens contraire ne sont pas probants. Un usufruitier a affermé un fonds pour cinq ans : s'il meurt au cours du bail, son héritier aura, dit Marcellus (D., XIX, 2, 9, 1), le droit de réclamer au fermier le loyer au prorata de la durée du bail. C'est l'application des règles sur le louage : le loyer est dû en raison de la jouissance; il n'y a rien à en conclure quant à la répartition des fruits entre l'usufruitier et le nu propriétaire. De même Scævola (D., VII, 1, 58 pr.) refuse au nu propriétaire toute action contre le colon qui a traité avec l'usufruitier; c'est l'application de la règle d'après laquelle les conventions n'ont pas d'effet à l'égard des tiers. L'héritier de l'usufruitier pourra donc réclamer l'intégralité du fermage de l'année courante, bien que l'échéance soit postérieure à l'extinction de l'usufruit; il suffit que les fruits aient été perçus auparavant. Tels sont les deux textes sur lesquels nos anciens auteurs avaient fondé la distinction entre les baux à ferme et les baux à loyer, distinction proscrite par C. civ. 586. — On a également invoqué Paul (D., VII, 1, 26) : si un esclave soumis à un droit d'usufruit loue ses services et que l'usufruit s'éteigne avant la fin du louage, le propriétaire a droit à la *merces* pour le temps qui reste à courir. Ce texte serait décisif si le louage avait été conclu par l'usufruitier; mais il l'a été par l'esclave qui est réputé acquérir pour le compte de qui il appartiendra.

(6) Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 70, 5.

(7) *Ib.*, 70, 1. Sur deux points, il y eut des doutes et des divergences : 1° si lors de la naissance des petits il n'y a pas de vide, l'usufruitier doit-il en réserver un certain nombre en prévision de l'avenir? Ulpien ne le pense pas (*ibid.*, 70, 4); l'usufruitier n'est pas forcé de constituer un fonds de réserve, mais ce sera à ses risques et périls. 2° Pomponius n'admettait pas que la propriété du croît fût en suspens jusqu'à la *summissio* (p. 201, 3).

b) L'usufruitier d'un bois ne peut couper les arbres qu'aux époques et dans la mesure fixées par l'usage (1). Dans l'intervalle, il peut simplement couper des échalas ou des branches d'arbres pour les vignes ou même des arbres pour la réfection des bâtiments (2). Il peut aussi s'approprier les arbres arrachés ou abattus par le vent, mais seulement pour son usage personnel et celui des bâtiments servant à l'exploitation, et à défaut d'autre bois.

2° Le second droit de l'usufruitier, c'est l'*usus*. Anciennement, l'*usus* était le fait de se servir d'une chose conformément à sa destination. En ce sens, l'*usus* était le complément indispensable du *fructus :* sans lui, l'usufruitier n'aurait pas été en état de percevoir les fruits (3). Ici ce fait est tranformé en un droit : il comprend toute manière d'utiliser la chose qui ne rentre pas dans le *fructus* et qui ne porte pas atteinte à la substance de la chose.

L'usufruitier ne peut ni détériorer la chose ni en changer la destination, par exemple transformer une propriété d'agrément en une propriété de rapport (4). Mais il a toute latitude pour faire des améliorations, par exemple ouvrir une mine ou une carrière, pourvu que ce ne soit pas dans une partie du fonds affectée à la culture (5).

§ 4. *Rapports du nu propriétaire et de l'usufruitier.* — Le nu propriétaire et l'usufruitier, étant chacun titulaire d'un droit réel, sont en principe indépendants l'un de l'autre. Ils ont simplement, comme des étrangers, le devoir de respecter le droit d'autrui. Le nu propriétaire ne peut, sans l'assentiment de l'usufruitier, bâtir sur un terrain nu, ni élever la hauteur d'une construction déjà existante (6); mais il conserve le droit de vendre la chose, de l'hypothéquer (7), sous la réserve du droit de l'usufruitier (8). Il garde également la possession, et, en qualité de possesseur, il est autorisé à prendre des mesures conservatoires pour se défendre contre les empiétements des voisins, à exercer les interdits possessoires contre quiconque

(1) Treb., ap. Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 1, 9, 7; Paul, 9 ad Plaut., *eod.*, 48, 1.
(2) Pomp., 5 ad Sab., *eod.*, 10 : *Dum ne fundum deteriorem faciat;* Paul, 2 ep.; Alf., *eod.*, 12; Lab., ap. Ulp., 17 ad Sab., *eod.*, 12 pr.
(3) Ulp., D., VII, 8, 14, 1 : *Fructus sine usu esse non potest.*
(4) Ulp., D., VII, 1, 13, 4 et 8; 18 ad Sab., *eod.*, 15, 1.
(5) *Ibid.*, 13, 5 et 7; Nerva, *eod.*, 13, 7.
(6) Jul., ap. Ulp., 18 ad Sab., *eod.*, 13, 2; Lab., ap. Ulp., 17 ad Sab., *eod.*, 7, 1.
(7) Sev., Car., C., III, 33, 2.
(8) Il ne peut, même avec le consentement de l'usufruitier, constituer une servitude, à moins qu'elle ne porte atteinte à la jouissance de l'usufruitier (Ulp., 18 ad Sab., *h. t.*, 15, 7; Paul, 3 ad Sab., *eod.*, 16). Cf. Kuntze, II, 500.

troublerait sa possession, serait-ce même l'usufruitier (1). De son côté, l'usufruitier doit respecter le droit du nu propriétaire : s'il détériore la chose, il sera poursuivi soit par l'action de la loi Aquilia, soit par l'interdit *quod vi aut clam* (2).

Mais, en droit strict, l'usufruitier n'est pas responsable de ses négligences : il peut impunément laisser les terres en friche, les vignes et les aqueducs à l'abandon. En fait, étant donné la qualités des personnes à qui l'usufruit était ordinairement laissé, on pouvait supposer qu'elles se conformeraient à l'usage des honnêtes gens et considéreraient comme un devoir de jouir en bon père de famille.

§ 5. *Cautio usufructuaria.* — Le Préteur donna à ce devoir l'efficacité qui lui faisait défaut, mais seulement dans le cas où l'usufruit était constitué par testament : il imposa au légataire d'usufruit l'obligation de promettre sous caution (*satisdare*) d'user et de jouir en bon père de famille. A défaut de cette satisdation, le Préteur refuse au légataire toute action pour se faire délivrer son legs.

Dans tout autre cas, c'était au constituant à veiller à ses intérêts (I, 724, 1) ; il devait avoir soin d'exiger la *cautio usufructuaria*. S'il ne l'avait pas fait, il avait la ressource de provoquer la nomination d'un arbitre (3). En pratique, le constituant devait rarement oublier d'exiger la satisdation ; aussi est-il probable qu'on a simplement consacré un usage déjà établi, lorsqu'au IIe siècle on a, sur l'autorité de Julien, imposé à tous les usufruitiers la *cautio usufructuaria* (4).

Cette *cautio* comprend un double engagement. L'usufruitier promet : 1° de se servir de la chose en se conformant à l'usage des honnêtes gens (5). Il répond des fautes commises par les personnes qu'il emploie (6). Il doit remplacer les arbres morts, rajeunir les plants de vignes, cultiver les terres, entretenir les aqueducs, réparer les constructions, particulièrement les toitures, à moins qu'elles ne tombent par vétusté (7). Il est égale-

(1) Ulp., *eod.*, 15, 6 ; Pomp., 5 ad Sab., D., VII, 8, 16, 1.

(2) Jul., *loc. cit.*, 13, 2. Si l'usufruitier a mis à la torture un esclave, il peut être tenu de l'action *servi corrupti* ou de l'action d'injures (Paul, *eod.*, 66).

(3) L'usage d'un arbitrage en cette matière est attesté par le texte de l'édit : le légataire promet *usurum se boni viri arbitratu* (Ulp., D., VII, 9, 1 pr.).

(4) Jul., ap. Ulp., 16 ad Sab., D., VII, 1, 13 pr.

(5) Ulp., *loc. cit.* ; Paul, Sent., III, 6, 27 : *Omnia se usurum ac si optimus paterfamilias uteretur.*

(6) Pomp., 5 ex Plaut. D., VII, 1, 85 pr.

(7) Paul, 3 ad Sab., *eod.*, 18 ; Jul., ap. Ulp., *eod.*, 13, 2 ; Cels., ap. Ulp., *eod.*, 9 pr. ; 7, 2. Le nu propriétaire n'est pas tenu non plus de reconstruire la maison qui s'est écroulée (Cic., *Top.* III, 17).

ment tenu des impôts et des autres prestations publiques ou privées (1). 2° De restituer à la fin de l'usufruit la chose avec ses accessoires (2). S'il a fait des dépenses qui incombent au propriétaire, il a le droit de s'en faire tenir compte. A l'inverse, le nu propriétaire peut lui réclamer par l'action de gestion d'affaires le prix des réparations d'entretien qu'il a faites en son absence (3).

Si l'usufruitier a reçu tradition de la chose et refuse de fournir caution, l'héritier est autorisé à revendiquer l'objet livré (4). La promesse faite par l'usufruitier ne peut être invoquée que par l'héritier et ses ayants cause à titre universel : en cas de vente de la nue propriété, l'acquéreur devra exiger une nouvelle satisdation (5).

La disposition de l'Édit est impérative : le constituant ne peut, par une clause de son testament, dispenser le légataire de fournir caution (6).

§ 6. *Diversité dans la construction doctrinale de l'usufruit.* — La construction doctrinale qui vient d'être décrite n'est pas la seule que connaisse le droit classique. On pourrait s'en étonner : il semble que lorsque la jurisprudence a réussi à trouver pour une institution un type de construction satisfaisant, il n'y ait pas lieu de s'en écarter. Cela est vrai en principe; mais en s'en tenant à un type uniforme, on court le risque de ne pas donner satisfaction aux exigences de la pratique. C'est le mérite des jurisconsultes classiques d'avoir su, par la richesse de leurs conceptions, concilier la théorie et la pratique. Le développement que la théorie de l'usufruit a reçu sous l'Empire en est un excellent exemple. En voici les phases principales :

1° On a reconnu à l'usufruitier d'un esclave le droit d'acquérir par les actes juridiques conclus par l'esclave. C'est une innovation d'une grande portée, car l'esclave est considéré comme une personne et non comme une chose. C'est aussi une déviation de la notion de servitude : *a*) l'usufruitier a droit aux services de l'esclave (7); or, la conclusion d'un acte juridique ne rentre pas dans les *operæ*. *b*) L'usufruitier a un *jus in re :* on lui attribue

(1) Cels., *eod. : Ut puta... solarium vel alimenta ab ea re relicta.*
(2) Ulp., 79 ad Ed., D., VII, 9, 1 pr.
(3) Gord., C., III, 33, 7; Paul, 9 ad Plaut., D., VII, 1, 48 pr.
(4) Proc., ap. Ulp., 79 ad Ed., D., VII, 9, 7 pr. Ulpien (*loc. cit.*) pense que l'héritier pourra aussi exercer une *condictio* pour obtenir la satisdation. Cf. Sab., Cels., ap. Ulp., 18 ad Sab., D., VII, 5, 5, 1.
(5) Ulp., 79 ad Ed., D., VII, 9, 3, 4.
(6) Jul., 38 Dig., D., XXXVI, 4, 6 pr.; Alex., C., VI, 54, 7.
(7) Anciennement on ne fit pas de distinction entre l'usufruit d'un esclave et celui d'un animal (Gaius, 2 Aur., D., VII, 1, 3, 1; 7 ad Ed. prov., D., VII, 7, 3).

ici un pouvoir sur un être humain capable de conclure un acte juridique. *c*) L'usufruitier gagne les fruits par la perception : il profite des actes juridiques conclus par l'esclave, sans que sa coopération soit nécessaire et même à son insu (1). Bref, au lieu de s'attacher étroitement à la notion de fruit, on reconnaît à l'usufruitier le droit de profiter des avantages que l'esclave procure à son maître comme instrument d'acquisition. — Cette conception nouvelle souleva une question délicate : pendant la durée de l'usufruit, le droit de l'usufruitier absorbe-t-il celui du nu propriétaire? Non! et ce n'est pas là une des moindres particularités de l'usufruit d'un esclave. Tandis que le propriétaire est, dès la constitution de l'usufruit, privé du droit d'user des services de l'esclave, il conserve, dans une certaine mesure, le droit d'acquérir par son intermédiaire (2) : Labéon lui attribue les successions et les legs qui ont été laissés à l'esclave en sa considération. La même règle a été appliquée aux libéralités entre vifs : si la donation a été faite à l'esclave pour le gratifier personnellement, l'acquisition profite au nu propriétaire à l'exclusion de l'usufruitier (3). Enfin si l'esclave stipule *ex re fructuarii*, mais au nom du nu propriétaire ou sur son ordre, c'est celui-ci qui en profite, sauf le recours de l'usufruitier pour se faire tenir compte de ce qu'il lui en a coûté (4). 2° Peu de temps après les lois caducaires, on valida l'usufruit portant sur des choses corporelles qui se consomment par le premier usage (5). 3° Bientôt après, Sabiniens et Proculiens se mirent d'accord pour autoriser l'usufruit d'une créance (6). 4° Celsus et Julien déclarèrent valable le legs d'usufruit *omnium bonorum* dans les limites de la loi Falcidie (7). 5° Vers la même époque, on admit que l'usufruit pourrait être vendu (8), hypothéqué (9). C'était une différence avec les servitudes prédiales : elle fut atténuée pour les servitudes de passage et d'aqueduc que l'on permit

(1) Mais il faut que l'esclave stipule au nom de l'usufruitier (D. XLV, 3, 31) ou que l'acquisition ait lieu *ex re fructuarii*, c'est-à-dire moyennant une valeur provenant du patrimoine de l'usufruitier (GAIUS, II, 91). L'usufruitier est tenu *de peculio* des dettes corrélatives aux acquisitions dont il profite (POMP., D., XV, 1, 2).

(2) D'après Julien (ap. ULP., 18 ad Sab., D., VII, 1, 25, 3), tout ce qui ne peut être acquis à l'usufruitier profite au nu propriétaire (PAUL, D., XLV, 3, 31).

(3) LAB., ap. ULP., 17 ad Sab., *eod.*, 21; ULP., 18 ad Sab., *eod.*, 22.

(4) JUL., *loc. cit.*; GAIUS ap. POMP., 22 ad Q. Muc., D., XLV, 3, 39. L'auteur cité sous le nom de *Gaius noster* est vraisemblablement Gaius Cassius Longinus. Cf. GLASSON, *Etude sur Gaius*, 78; KRUEGER, 215; KUNTZE, *Servus fructuarius*.

(5) ULP., 18 ad Sab., D., VII, 5, 1.

(6) CASS., PROC., ap. ULP., D., VII, 5, 3.

(7) Ap. ULP., 18 ad Sab., D., VII, 1, 29. Cf. p. 274, 5.

(8) CASS., PEG., POMP., ap. ULP., 13 ad Sab., *eod.*, 12, 2.

(9) PAP., ap. MARC., D., XX, 1, 11, 2.

d'hypothéquer et de vendre à un voisin (1) ; elle subsista pour les autres. 6° Plus caractéristique encore est une autre différence qu'Ariston fit accepter : la divisibilité de l'usufruit. Les textes ne laissent aucun doute sur la volonté d'Ariston d'écarter ici la conception antique des servitudes (2). 7° Au IIIe siècle, Paul a été jusqu'à présenter l'usufruit comme un fragment de propriété (p. 275, 1). C'était une exagération, mais elle manifeste la tendance des classiques à envisager l'usufruit plutôt au point de vue de sa valeur économique et comme un droit indépendant.

Parmi ces innovations, il en est une qui, en raison de son importance pratique, doit être étudiée à part : le quasi-usufruit.

§ 7. *Quasi-usufruit.* — 1° *Notion.* — Le quasi-usufruit a été imaginé pour donner effet au legs portant sur des choses qui, se consommant par le premier usage, ne peuvent être l'objet d'un usufruit. Cette conception n'était pas encore admise au temps de Cicéron (3) : supposant qu'un mari a légué à sa femme l'usufruit de tous ses biens, il refuse à la femme le droit de disposer du vin ou de l'huile contenu dans les celliers. Un sénatus-consulte, dont la date est inconnue, mais qui doit être du commencement de l'Empire, car il a été commenté par Sabinus, décida que l'on pourrait léguer l'usufruit de toute chose comprise dans le patrimoine. On en conclut, dit Ulpien, qu'il est permis de léguer l'usufruit des choses qui se consomment ou se détériorent par l'usage (4).

Ce sénatus-consulte donna satisfaction à un besoin réel. A une époque où la richesse mobilière avait reçu un développement considérable, où les capitaux formaient la partie la plus importante de la fortune des particuliers, il était impossible de s'en tenir à la conception antique, surtout dans le cas ordinaire où l'usufruit portait sur l'universalité des biens d'un défunt. La nécessité d'une innovation se fit surtout sentir depuis les lois caducaires. Ces lois avaient fixé une quotité disponible spéciale entre époux : un dixième en propriété et un tiers en usufruit s'il n'y avait pas d'enfant. On ne pouvait priver le conjoint de cet usufruit, lorsque la fortune du testateur consistait en choses qui se consomment par le premier usage.

Le sénatus-consulte n'eut pas pour effet, dit Gaius (5), de

(1) Pomp., ap. Paul, 68 ad Ed., D., XX, 1, 12.
(2) Paul, ad l. Falc., D., XXXV, 2, 1, 9 : *Aristo a veterum opinione recessit.*
(3) *Top.*, 3, 17.
(4) Ulp., 18 ad Sab., D., VII, 5, 1; 11.
(5) 7 ad Ed. prov., D., VII, 5, 2, 1.

rendre possible l'usufruit d'une somme d'argent, mais de faire admettre l'expédient du quasi-usufruit. Cet expédient consiste à transférer la propriété au légataire en lui imposant l'obligation de promettre (*satisdare*) (1) de restituer, lors de son décès ou de sa *capitis deminutio*, une quantité équivalente à celle qu'il a reçue, ou, ce qui est plus commode, le montant de l'estimation faite lors de la constitution du quasi-usufruit (2). Le quasi-usufruit ressemble donc à l'usufruit par son but; il en diffère par sa nature juridique : ce n'est pas un droit réel sur la chose d'autrui. Le quasi-usufruitier acquiert la pleine propriété, mais il est tenu d'une obligation personnelle de restituer.

2° *Extension du quasi-usufruit.*—Le quasi-usufruit a été étendu aux choses qui se détériorent par l'usage, aux vêtements, bien qu'ils soient susceptibles, suivant l'intention des parties, d'être l'objet d'un véritable usufruit (3). Il a été également étendu aux créances : cette extension, proposée à la fois par Cassius et par Proculus, fut admise malgré l'opinion contraire de Nerva (4), qui en restreignait la portée au cas où le légataire était le débiteur. Le quasi-usufruit d'une créance confère au légataire le droit d'exiger la cession de la créance. Cette cession est nécessaire pour le mettre en mesure de se faire payer les intérêts, et même le capital s'il vient à échéance durant l'usufruit (5) ; mais il devra le rendre lorsque son droit s'éteindra.

II. Usage. — L'usage est une servitude personnelle qui confère uniquement le droit de se servir de la chose d'autrui, sans porter atteinte à la substance (6). L'usager n'a aucun droit à la jouissance (7) : en cela il diffère de l'usufruitier. Il en diffère également en ce qu'il ne peut céder l'exercice de son droit (8) : l'usage est plus étroitement attaché à la personne que l'usufruit. Ce genre de disposition sera préféré par le testateur qui voudra assurer un avantage au légataire sans lui laisser la faculté de faire argent de son droit, ni même d'en céder l'émolument à titre gratuit (9).

(1) *Inst.*, II, 4, 2.
(2) Cf. Paul, 1 ad Nerat., D., VII, 5, 9; 7; Jul., 35 Dig., *eod.*, 6.
(3) Ulp., D., VII, 1, 15, 4 et 5 : *Si vestimentorum ususfructus legatus sit non sic, ut quantitatis ususfructus legetur;* Pomp., ap. Ulp., D., VII, 9, 9, 3.
(4) P. 281, 6.
(5) Pap., 7 Resp., D., XXXIII, 2, 24; Sev., Carac., C., III, 33, 1.
(6) Paul, 1 ad Nerat., D., VII, 8, 23.
(7) Ulp., 17 ad Sab., *eod.*, 2 pr.; Gaius, 7 ad Ed. prov., *eod.*, 1, 1.
(8) Gaius, 2 Aur., *eod.*, 11.
(9) L'usager d'un esclave ne peut louer ses services, mais il peut l'employer à des travaux faits pour le compte d'autrui et dont il tirera profit : lors par exemple qu'il s'est chargé de la construction d'une maison ou d'un navire (Lab., ap. Ulp., 12, 6).

L'avantage que procure cette servitude varie suivant l'objet auquel elle s'applique. Lorsqu'elle porte sur une maison, un esclave, une bête de trait, le légataire économise l'argent que lui aurait coûté le loyer de la maison, de l'esclave ou de l'animal. L'usage d'un fonds de terre procure un avantage moins facile à définir, celui de résider sur le fonds, de s'y promener à pied ou en litière. L'usage d'un troupeau de moutons n'offre aucun avantage direct : le seul profit qu'on peut en retirer, dit Labéon, c'est le fumier ; encore faut-il que l'usager ait un champ sur lequel il fait paître le troupeau.

Une servitude aussi mal définie que l'usage se concevrait difficilement constituée entre vifs : les parties en présence ne manqueraient pas de fixer l'étendue du droit concédé. Aussi les textes supposent-ils toujours que la servitude a été établie par testament : il s'agit dès lors d'interpréter la volonté du testateur. La jurisprudence s'est inspirée, non plus exclusivement de la nature de la servitude, ce qui l'aurait conduite dans certains cas à annuler la disposition, mais surtout de la règle qui prescrit d'interpréter largement les dernières volontés d'un défunt. De là, plusieurs décisions de faveur que les principes ne sauraient justifier.

L'exemple le plus frappant est relatif à l'usage d'une forêt. Régulièrement, ce legs devrait être nul comme étant sans objet (1). Hadrien préféra supposer que le testateur s'est inexactement exprimé : il sera réputé avoir légué l'usufruit (2).

Pour l'usage d'un troupeau de brebis, la difficulté était moindre, si le légataire avait un champ où il pouvait envoyer le troupeau ; dans le cas contraire, la validité du legs était contestable. Ulpien accorde au légataire le droit de prendre un peu de lait, sans doute pour sa consommation et celle des membres de sa famille et des gens à son service. La raison qu'il en donne est significative : *Neque enim tam stricte interpretandæ sunt voluntates defunctorum* (3).

La même raison a décidé la jurisprudence à étendre les droits du légataire de l'usage d'un fonds. Si, dit-on, le testateur avait entendu léguer uniquement le droit d'habiter sur le fonds, il se

(1) On ne peut songer à donner à l'usager la faculté de prendre le bois nécessaire à ses besoins personnels, car ce serait le *legatum lignorum* (Q. Muc., ap. Ulp., 25 ad Sab., D., XXXII, 55 pr. ; Ofil., *eod.*, 55, 1 et 2, 4 et 7) et non le legs d'usage d'une forêt.

(2) Pomp., 5 ad Q. Muc., D., VII, 8, 22. Le légataire aura le droit de couper les arbres et de les vendre. Cf. Treb., ap. Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 1, 9, 7. Contra : Lab., *Vat. fr.*, 71.

(3) D., VII, 8, 12, 2.

serait contenté de léguer l'usage de la villa. Sabiniens et Proculiens sont d'accord pour interpréter ce legs d'une façon libérale : il n'y a divergence que sur la mesure à observer (1).

L'usager d'une maison a également profité de la faveur avec laquelle on interpréta les dispositions de dernière volonté. Si l'usager est une jeune fille, on admit de très bonne heure qu'elle pourrait habiter la maison avec son mari, sans quoi, dit Q. Mucius (2), elle serait dans l'alternative de s'abstenir du mariage ou de perdre son legs. Lorsque l'usage est légué par une femme à son mari, il confère à celui-ci le droit d'habiter la maison avec sa famille, et même, d'après certains jurisconsultes, d'y recevoir ses affranchis, ses hôtes (3). Labéon et Proculus vont plus loin : ils autorisent le mari à louer la partie de la maison qui ne lui est pas nécessaire. N'est-ce pas lui reconnaître un droit à la jouissance? Non, car la faculté de louer est subordonnée à la condition que le légataire habite lui-même la maison. On ne peut donc pas dire qu'il exerce son droit par l'intermédiaire d'autrui, qu'il met quelqu'un en son lieu et place (4).

III. Habitation. — L'habitation, lorsqu'elle est constituée par testament, confère un droit analogue à l'usage d'une maison (5). Elle en diffère en ce qu'elle ne s'éteint ni par la *capitis demi-*

(1) Tandis que Sabinus et Cassius, Labéon et Proculus autorisent le légataire à prendre sur la récolte le blé et l'huile nécessaires à sa nourriture et à celle de sa famille, Nerva ne lui accorde un droit que sur les jardins potagers, sur l'eau, les légumes et les fleurs, le bois et la paille. Au IIe siècle, Celsus lui permet de prendre ce qui est nécessaire pour ses convives ou ses hôtes. Ulpien veut qu'on tienne compte du rang social du légataire; il va même jusqu'à dire que l'usager n'est pas tenu de consommer sur place les fruits, légumes, fleurs et le vin (*ib.*, 12, 1 : *Neque enim grave onus est horum si abundent in fundo*). Enfin Paul autorise le légataire à prendre sur les provisions (*penus*) ce qu'il lui faut pour l'année (3 ad Sab., *eod.*, 15 pr.), alors même que l'usager absorberait la totalité des fruits.

(2) Ap. Ulp., *eod.*, 4, 1. La question était plus délicate lorsque le legs était fait par un mari à sa veuve : si la femme se remarie, peut-elle habiter la maison avec son second mari ? C'est l'opinion qui a prévalu (Pomp., Pap., ap. Ulp., *eod.*; Paul, 3 ad Sab., *eod.*, 5). Ariston lui permet d'habiter avec ses enfants, ses affranchis, ses parents (ap. Ulp., *eod.*, 6). Enfin on l'a assimilée à l'homme, quant au droit de recevoir dans la maison dont elle a l'usage des personnes étrangères à la famille (Pomp., *eod.*, 7), sous les réserves commandées par les bienséances.

(3) Tub., Lab., Cels., Ulp., *eod.*, 2, 1.

(4) Proc., *eod.*, 4 pr. : *Non belle inquilinum dici qui cum eo habitet.* Cf. Ulp., *eod.*, 12, 5, sur l'usager d'un esclave : *Neque videbitur alii concessisse, si simul cum ipsis utatur.* Sans doute l'usager retire ainsi un profit pécuniaire de sa location, mais on ne doit pas, dit Ulpien, le voir d'un mauvais œil. — Il n'est pas jusqu'à l'usage d'un haras qui n'ait profité de la faveur due aux legs : en principe, le légataire ne peut faire courir les chevaux dans les jeux du cirque, ce serait une *quasi locatio*; cependant, si le testateur a su qu'il était un professionnel, il sera réputé lui avoir accordé cette faculté (Ulp., *eod.*, 12, 4. Cf. Bechmann, *Ueber den Inhalt und Umfang der Personalservitut des usus.* 1861).

(5) Pap., ap. Ulp., eod., 10 pr.

nutio, ni par le non-usage (p. 75, 3) : elle a le caractère d'un secours personnel. Les anciens discutèrent la question de savoir si le legs d'habitation était réputé concédé pour un an ou pour toute la vie. Rutilius fit prévaloir cette dernière opinion, ce qui permit de rapprocher l'habitation des servitudes personnelles (I, 625). Une autre controverse s'éleva sur le droit de louer la maison : elle fut tranchée par Justinien dans le sens le plus favorable, pour des raisons d'humanité (1).

IV. Services d'un esclave. — Lorsqu'un testateur a légué les services d'un esclave, on doit, suivant Julien, supposer qu'il a entendu léguer l'usage de l'esclave (2). Mais ce legs ne s'éteint pas par la *capitis deminutio*, ni par le non-usage, ni même par la mort du légataire, mais seulement par l'usucapion de l'esclave (3). Il diffère aussi de l'usage en ce que le légataire des *operæ* peut les louer, tandis que l'usager d'un esclave ne le peut pas (4).

Les différences signalées entre l'usage d'une part, l'habitation et les services d'un esclave d'autre part, ne sont pas suffisantes pour avoir motivé la création de deux espèces de servitudes distinctes de l'usufruit et de l'usage. Aussi s'est-on demandé d'où vient cette multiplicité de servitudes personnelles. Il est vraisemblable que les règles appliquées à l'habitation et aux services d'un esclave remontent à une époque où la théorie des servitudes n'était pas encore formée. On les a conservées parce qu'elles étaient consacrées par l'usage et qu'il aurait été peu conforme à l'interprétation libérale admise en matière de legs d'écarter des règles que le testateur avait en vue en disposant. En théorie, l'habitation et les services d'un esclave ne devaient pas former deux nouvelles classes de servitudes; la jurisprudence s'est efforcée de les faire rentrer dans la classe dont elles se rapprochent le plus : la servitude d'usage (5).

IV

MODES D'ÉTABLISSEMENT DES SERVITUDES.

I. Droit civil. — Dans l'ancien droit, les servitudes rurales étant des choses corporelles s'acquéraient, comme la propriété, par mancipation, *in jure cessio*, usucapion, legs *per vindicationem*,

(1) C., III, 33, 13, 1; Marcel., in Inst., II, 5, 5.
(2) Jul., ap. Ter. Clem., D., VII, 7, 5. Ulpien met sur la même ligne le legs qui a pour objet les services d'un animal (79 ad Ed., D., VII, 9, 5, 3).
(3) Pap., 17 Quæst., D., XXXIII, 2, 2.
(4) Lab., ap. Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 8, 12, 6. Cf. Gaius, D., VII, 7.
(5) Cf. Bechmann, *op. cit.*, p. 39.

adjudication (I, 273). En droit classique, les servitudes étant des choses incorporelles ne comportent ni l'usucapion, ni la tradition; elles s'établissent de deux manières : par un acte juridique ou par l'autorité du juge en cas d'adjudication (1).

Quand la servitude est établie par un acte juridique, il faut distinguer suivant qu'elle est constituée par voie principale (*translatio*) ou accessoirement à une aliénation.

Par voie principale, toutes les servitudes s'établissent à cause de mort par un legs *p. v.*; entre vifs, la mancipation n'est possible que pour les servitudes rurales qui seules sont *mancipi*; l'*in jure cessio* s'applique à toutes les servitudes.

Lorsque la servitude est constituée accessoirement à l'aliénation d'une *res mancipi*, il suffit d'une clause jointe à la mancipation pour établir toute espèce de servitude. On peut, par exemple, en mancipant un fonds italique ou une maison, se réserver (*deducere*) (2) soit une servitude personnelle (3), soit une servitude urbaine, au profit d'un autre fonds que l'on conserve. A l'inverse, on peut grever un fonds que l'on garde d'une servitude urbaine ou rurale au profit d'un fonds que l'on mancipe : la clause jointe à la mancipation participe à l'efficacité de la mancipation elle-même. Quant au legs et à l'*in jure cessio*, ils ont ici, comme dans le cas précédent, une portée générale; quelle que soit la chose aliénée, *mancipi* ou non, ils peuvent être employés pour retenir une servitude.

Si le droit classique a conservé l'usage de la mancipation et de l'*in jure cessio* pour la constitution des servitudes, il leur a retiré leur caractère abstrait pour en subordonner l'effet à l'intention des parties. Telle est la doctrine appliquée par Celsus à l'*in jure cessio dotis causa* d'un usufruit (4), par Marcellus à la mancipation d'un fonds que l'on a déclaré grevé d'une servitude, alors qu'on avait seulement promis cette servitude à un tiers (5).

II. DROIT PRÉTORIEN. — Les modes extrajudiciaires de cons-

(1) NERAT., ap. ULP., 20 ad Ed., D., X, 3, 7, 1; PAUL., 1 Man., *Vat. fr.*, 47. Il faut que le *judicium* soit *legitimum* (p. 241, 3).

(2) GAIUS, II, 29; 33 : il s'agit ici, non d'un droit retenu, mais d'un droit nouveau créé indirectement par mancipation.

(3) POMP., 33 ad Sab., D., VII, 1, 32; ULP., D., VIII, 4, 6 pr.; JAV., *eod.*, 5.

(4) Ap. ULP., 31 ad Sab., D., XXIII, 3, 7, 2 : *Videamus utrum fructus reddendi sunt necne. Et Celsus... ait interesse quid acti sit.* Cette doctrine n'était pas admise par Pomp. (*eod.*, 66).

(5) Ap. ULP., 28 ad Sab., D., VIII, 4, 6, 3, où le mot *tradere* a été substitué à *mancipare*, car il s'agit d'un fonds de terre, et le texte suppose que l'acheteur a été rendu propriétaire. Si la mancipation conservait son caractère abstrait, on ne pourrait forcer l'acheteur à se prêter à l'établissement de la servitude. Or, Marcellus décide le contraire, en se fondant sur l'intention des parties lors du contrat, et sur

tituer une servitude entre vifs étaient compliqués et insuffisants. De même qu'on se passait de la mancipation et de l'*in jure cessio* pour transférer la propriété, de même on chercha avec l'appui du Préteur (*tuitione prætoris*) à s'en affranchir pour l'établissement des servitudes (1). La jurisprudence imagina un mode d'acquérir les servitudes analogue au mode prétorien d'acquérir la propriété des *res nec mancipi* : la quasi-tradition. La servitude étant une chose incorporelle, on ne pouvait en faire tradition; mais on admit que l'usage du droit serait tenu pour équivalent à la tradition. Tel est l'avis exprimé à la fin du Ier siècle par Javolenus, rectifiant sur ce point l'opinion de Labéon (2). Les servitudes établies par quasi-tradition furent protégées par le Préteur au moyen de la Publicienne (3).

L'idée neuve, dont la quasi-tradition suppose l'existence, c'est que les servitudes sont susceptibles de possession comme la propriété. Mais cette possession n'est pas une *possessio rei* comme la possession des choses corporelles : c'est une *possessio juris* ou quasi-possession correspondant au droit de servitude que l'on prétend exercer (4).

III. Droit provincial. — La mancipation et l'*in jure cessio* étaient inapplicables aux fonds provinciaux : au temps de Gaius, on avait recours aux pactes et stipulations. Le simple pacte créait ici le droit réel de servitude (5), pourvu qu'il fût accompagné d'une stipulation de peine (6) : le possesseur du fonds servant s'engageait à payer une certaine somme chaque fois qu'il s'oppo-

l'absence de préjudice pour l'acheteur. C'était une doctrine nouvelle, car Ulpien dit : *Magis putat permittendum agere*. On a vu (p. 239, 2) qu'Ulpien a appliqué cette doctrine à la tradition.

(1) Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 4, 1 pr.

(2) 5 ex Poster. D., VIII, 1, 20. Cf. p. 181, 3.

(3) Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 2, 11, 1. Cf. Jul., 7 Dig., D., VII, 6, 3 ; VIII, 5, 16; Ulp., 2 Inst., D., VIII, 3, 1, 2.

(4) Cels., 25 Dig., D., XLIII, 19, 7, parle de *jus fundi possidere*.

(5) Gaius, II, 31; Théoph., ad *Inst.*, II, 3, 4. Il ne faut pas le confondre avec le pacte ou la stipulation par lesquels on s'oblige à constituer une servitude (Paul. 5 *Sent.*, D., XLV, 1, 136, 1). Le droit de servitude fut à cet égard traité autrement que le droit de propriété. D'après un rescrit de Dioclétien, la propriété s'acquiert par tradition, par usucapion et non par simple pacte (p. 234, 7). On a parfois attribué à ce texte une portée générale, et l'on en a conclu que le simple pacte était impuissant à créer un droit réel. Cette conclusion n'est pas fondée : le rescrit ne s'applique sûrement pas aux servitudes, car l'usucapion avait été supprimée longtemps auparavant comme mode d'établissement de ces droits : à ce point de vue, il n'y a pas analogie entre la propriété et les autres droits réels. Il ne s'applique pas davantage à l'hypothèque, qui se constitue par un simple pacte.

(6) Cf. Paul, 2 Resp., D., VIII, 3, 36. Les pactes et stipulations furent-ils appliqués aux fonds italiques? Il est difficile de l'affirmer, bien que les textes insérés au Digeste ne fassent aucune distinction. Ces textes sont suspects d'interpolation : en supprimant la mention de la mancipation ou de l'*in jure cessio* pour la remplacer

serait à l'exercice de la servitude. Bien que cette stipulation ne fût pas opposable à ses ayants cause à titre particulier, elle parut nécessaire pour attester que les parties avaient entendu faire un acte sérieux (1).

IV. Droit impérial. — Les constitutions impériales ont consacré deux nouveaux modes d'établissement des servitudes : l'un d'une portée générale, la prescription de long temps; l'autre applicable dans un cas unique : l'autorité de justice.

1° La prescription de long temps ne se confond pas avec l'usucapion des servitudes supprimée par la loi Scribonia : elle est fondée sur une quasi-possession prolongée pendant dix ou vingt ans. Sous l'Empire, on s'aperçut qu'il y avait des inconvénients à écarter d'une manière absolue l'acquisition des servitudes par un usage prolongé. Si l'antique usucapion était dangereuse surtout comme mode d'établissement des servitudes, à cause de la brièveté du délai, il ne devait pas en être de même d'une prescription fondée sur une quasi-possession de dix ou vingt ans. Tel fut le délai fixé au IIIe siècle par les empereurs (2). Aux siècles précédents, on était plus exigeant : l'usage de la servitude devait remonter à un temps immémorial (3).

La prescription de long temps dispense celui qui prétend à la servitude de justifier de son titre d'acquisition (4); on ne demande ni juste cause ni bonne foi comme pour la prescription des fonds provinciaux (p. 250, 7). Il suffira de prouver qu'on a usé de la servitude pendant le temps requis; qu'on l'a exercée, non pas à titre de tolérance (5), mais comme si l'on avait un droit sur le fonds servant (6) et sans que la possession ait été entachée des vices de violence, de clandestinité, de précarité à l'égard du propriétaire.

par celle de la tradition, les compilateurs ont dû ajouter l'indication du mode de constitution usité sous Justinien. Cette addition paraît certaine à la fin de D., VIII, 3, 33 pr.

(1) Cette stipulation était usitée au temps de Labéon pour tenir lieu de la tradition en cas de vente d'une servitude (ap. Jav., D., VIII, 1, 20; Pomp., 9 ad Sab., D., XIX, 1, 3, 2). Cf. Karlowa, II, 1248.

(2) Paul, *Sent.*, V, 5a, 8. Cf. le papyrus du Louvre n° 99, cité par Wilcken, *Philologus*, LIII, 81; Mitteis, *Hermes*, XXX, 612.

(3) Pomp., 34 ad Sab., D., XLIII, 20, 3, 4; Scæv., 4 Resp., D., XXXIX, 3, 26; Lab., ap. Paul, 49 ad Ed., *eod*, 2, 8. Les glossateurs s'appuyèrent sur ces textes pour restreindre la prescription ordinaire aux servitudes continues et exiger la prescription immémoriale pour les servitudes discontinues. Cette opinion a été, à bon droit, combattue par Savigny (*System*, IV, § 197, p. 492). L'exercice continu ou non de la servitude n'a aucune influence sur l'acquisition par prescription. Cf. Maynz, I, 849; Dernburg, I, 2, 223, 10.

(4) Ulp., 53 ad Ed., D., VIII, 5, 10 pr.

(5) Cels., 25 Dig., D., XLIII, 19, 7.

(6) P. 273, 1. Paul, D., VIII, 6, 25; Aristo, ap. Ulp., D., XLIII, 20, 1, 19.

2° D'après un rescrit de Sévère et Caracalla, une servitude de passage, en cas d'enclave, peut être établie par autorité de justice moyennant une juste indemnité : cette faculté n'est admise que pour faciliter l'accès à un sépulcre (1) lorsque le voisin refuse d'autoriser le passage à titre de tolérance. Le magistrat statue ici *extra ordinem* et prend les mesures nécessaires pour atténuer le dommage causé au voisin.

V

MODES D'EXTINCTION DES SERVITUDES.

Les servitudes s'éteignent de quatre manières : 1° lorsqu'une des conditions requises pour leur existence vient à disparaître ; 2° par la renonciation ; 3° par le non-usage ; 4° par l'arrivée d'un terme ou d'une condition.

1° Le premier mode s'applique tout d'abord au cas où l'objet sur lequel porte la servitude a péri ou a été mis hors du commerce (2). Il suffit même pour les servitudes personnelles d'une transformation de l'objet du droit (*mutatio rei*). Si par exemple j'ai l'usufruit d'une maison et qu'elle s'écroule ou soit incendiée, je ne puis prétendre à l'usufruit du sol (3). Réciproquement, si j'ai l'usufruit d'un terrain et qu'une construction y soit édifiée sans dol, mon droit s'éteint. Il en serait de même si la destination de la chose avait été changée par le testateur (4).

Les servitudes prédiales s'éteignent également lorsque le fonds dominant vient à périr; les servitudes personnelles, lorsque le titulaire de la servitude meurt ou subit une *capitis deminutio* (5). L'usufruit légué à une personne juridique s'éteint lorsqu'elle cesse d'exister, sinon au bout de cent ans (6).

Enfin, par application de la règle *nemini res sua servit*, les servitudes prédiales s'éteignent lorsque le propriétaire du fonds

(1) Ulp., 25 ad Ed., D., XI, 7, 12 pr. Cf. p. 192, 4.

(2) Cf. Jav., 3 ex Post., D., VII, 4, 24 pr., 1.

(3) Il en serait autrement si l'usufruit portait sur tous les biens du testateur (Jul., 35 Dig., D., VII, 1, 34, 2). Sauf cette exception, le droit est définitivement éteint, et ne revivra pas si la maison est rebâtie. On est moins rigoureux pour les servitudes urbaines : on accorde au titulaire du droit une action utile (Paul., 48 ad Ed., D., VIII, 2, 31; 15 ad Sab., *eod.*, 20, 2).

(4) Jul., ap. Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 4, 5, 2 et 3; Cass., Sab., *eod.*, 10, 5 et 7; Ulp., *eod.*, 8; 12.

(5) Gaius, 7 ad Ed. prov., D., VIII, 6, 3 : *Jura prædiorum morte et capitis deminutione non perire vulgo traditum est;* Mod., 3 Differ., D., VII, 4, 21.

(6) Gaius, 17 ad Ed. prov., D., VII, 1, 56 : *Placuit, centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitæ longævi hominis est.*

dominant devient propriétaire du fonds servant ou réciproquement : on dit alors qu'il y a *confusion* (1). De même l'usufruit s'éteint lorsque l'usufruitier acquiert la nue propriété : on dit ici qu'il y a *consolidation* (2).

L'extinction qui résulte de la confusion ou de la consolidation est en principe irrévocable. On pourra ultérieurement, si la situation change, établir une nouvelle servitude ; on ne peut faire revivre l'ancienne (3). Il en serait autrement si l'acte qui a produit la confusion ou la consolidation venait à être rescindé (4), ou même si l'objet n'entrait dans le patrimoine du titulaire que grevé d'un legs au profit d'un tiers. Toutefois, dans ce dernier cas, Papinien fait une distinction entre l'usufruit et les servitudes prédiales : par interprétation de la volonté du testateur, il admet l'extinction de l'usufruit (p. 275, 1).

2° Les servitudes s'éteignent par la renonciation du titulaire. En principe, cette renonciation doit être faite dans la forme d'une *in jure cessio* et au profit du propriétaire du fonds servant ou du nu propriétaire. Faite au profit d'un tiers, la renonciation à l'usufruit est nulle, car l'usufruit est un droit attaché à la personne : si on pouvait le transporter sur la tête d'une autre, on en modifierait la durée au préjudice du nu propriétaire (5).

La renonciation aux servitudes peut résulter de l'abandon du droit par le titulaire (*derelictio*) ou de l'autorisation donnée par lui de faire un acte qui l'empêche d'exercer son droit (6).

3° Les servitudes rurales et les servitudes personnelles (7) s'éteignent par le non-usage (8) d'un an pour les meubles, de

(1) Gaius, 7 ad Ed. prov., D., VIII, 6, 1.
(2) *Inst.*, II, 4, 3. Cf. Jul., 35 Dig., D., VII, 4, 17.
(3) Paul, 15 ad Sab., D., VIII, 2, 30 pr.
(4) Pap., 7 Resp., D., VII, 1, 57.
(5) Si la renonciation ne peut transférer l'usufruit au tiers cessionnaire, est-ce à dire qu'elle soit considérée comme non avenue? Les anciens jurisconsultes ne le pensaient pas : d'après eux, l'*in jure cessio* produit son effet sans qu'on ait à se préoccuper du but que les parties se sont proposé. Or l'usufruitier, en faisant *in jure cessio* à un tiers, a : 1° reconnu que l'usufruit n'était plus à lui ; 2° manifesté sa volonté d'en investir un tiers. Ces deux faits sont indépendants l'un de l'autre : le premier est valable et restera efficace ; le second est nul et ne produira aucun résultat. Par suite, c'est le nu propriétaire qui profitera de la renonciation de l'usufruitier (Pomp., 8 ad Q. Muc., D., XXIII, 3, 66). Cette solution a été abandonnée lorsqu'on a commencé à tenir compte de l'intention des parties dans l'interprétation des actes juridiques. La volonté des parties ne peut être scindée : il n'y a rien de fait, dit Gaius (II, 30), qui se fait l'écho (*creditur*) d'une doctrine de Celsus (p. 287, 4).
(6) Pomp., 5 ex Plaut., D., VII, 1, 65 pr.; Paul, 15 ad Plaut., D., VIII, 6, 8.
(7) L'usufruit échappe à l'extinction par non-usage lorsqu'il a été légué *alternis annis* (Paul, 13 ad Plaut., D., XXXIII, 2, 13; VII, 4, 28).
(8) Gaius, 7 ad Ed. prov., D., VIII, 2, 6; Pomp., D., VII, 4, 25.

deux ans pour les immeubles (1). En général, il y a non-usage lorsque le titulaire de la servitude s'abstient d'exercer son droit, mais il y a des servitudes qui n'ont pas besoin du fait actuel de l'homme pour se conserver : ainsi une servitude d'aqueduc subsistera tant que l'eau coulera dans les conduits (2). Il n'est pas nécessaire que le titulaire de la servitude l'exerce par lui-même (3). Certains jurisconsultes étaient d'un avis opposé pour l'usufruit, mais Gaius et Marcien (4) appliquent la règle générale : l'usufruitier, qui a vendu ou loué sa jouissance, exerce son droit tout aussi bien que celui qui jouit directement de la chose.

Si l'impossibilité d'exercer la servitude provenait d'un cas fortuit, si par exemple la source qui alimentait un aqueduc a tari, la servitude n'en serait pas moins éteinte; mais on pourrait demander au magistrat ou à l'empereur de la rétablir (5).

Si l'on n'a pas exercé la servitude comme on avait le droit de le faire, mais d'une autre manière, si par exemple on a puisé de l'eau le jour alors qu'on n'y avait droit que la nuit, la servitude est éteinte (6).

Le non-usage ne suffit pas à éteindre les servitudes urbaines ; il faut de plus que le propriétaire du fonds servant conquière sa liberté en opposant à l'exercice de la servitude un obstacle matériel (*usucapio libertatis*), par exemple en bouchant les fenêtres par lesquelles s'exerçait le droit de vue du voisin (p. 46, 2). Au bout de deux ans, la servitude sera éteinte.

4° Au début de l'Empire, la jurisprudence admit, sous l'influence de Sabinus, que les servitudes prédiales pouvaient être constituées sous un terme ou une condition extinctifs. En droit civil, elles restaient perpétuelles, mais le propriétaire du fonds servant était autorisé, après l'échéance du terme ou l'arrivée de la condition, à paralyser le droit du titulaire par une exception de pacte ou de dol (7). Quant aux servitudes personnelles, qui de leur nature sont temporaires, elles s'éteignent sans difficulté à l'arrivée du terme ou de la condition (8).

(1) C., III, 34, 13; Paul, III, 6, 30.
(2) Sab., Nerat., ap. Cels., 23 Dig., D., VIII, 6, 12.
(3) Scæv., 1 Reg., D., VIII, 6, 20, 22, 24.
(4) Pomp., ap. Ulp., D., VII, 4, 29 pr. ; Gaius, 1 ad Ed. pr., D. VII, 1, 39; Marc., *eod.*, 38.
(5) Jav., 10 ex Cassio, D., VIII, 6, 14 pr. : *Renovare eum cogendus est;* Atilic., ap. Paul, 15 ad Plaut., D., VIII, 3, 35.
(6) Lab., ap. Pomp., 11 ex var. lect., D., VIII, 6, 17; Marcel., 4 Dig., *eod.*, 11 pr. ; Paul, 15 ad Plaut., *eod.*, 10, 1.
(7) Sab., Cass., ap. Pap., 7 Quæst., D., VIII, 1, 4.
(8) Paul (2 Man., *Vat. fr.*, 50), si l'on a eu soin d'employer un mode de constitution qui comporte cette modalité.

VI

PROTECTION DES SERVITUDES.

Les servitudes sont sanctionnées soit par des actions civiles, soit par des actions utiles suivant qu'elles ont été établies par des modes civils ou prétoriens. Ces actions, comme les actions en revendication, s'exercent, suivant les époques, par l'action de la loi par serment, *per sponsionem* ou par formule pétitoire. La simple quasi-possession d'une servitude n'a pas été protégée d'une manière générale : dans quelques cas seulement, elle donne lieu à l'émission d'un interdit.

I. Actions confessoire et négatoire. — Tandis que la propriété quiritaire est sanctionnée par une action unique, la revendication, les servitudes sont sanctionnées chacune par une action spéciale. Cette différence s'explique : la propriété est une, les servitudes sont très variées. On peut cependant classer en deux groupes toutes les actions relatives aux servitudes : les unes ont pour objet d'affirmer que l'on a un droit de servitude sur la chose d'autrui; les autres, de nier qu'un tiers ait un droit de servitude sur notre chose. Les actions du premier groupe sont appelées confessoires; celles du second, négatoires (1).

Cette distinction fut admise d'abord pour l'usufruit, puis appliquée aux autres servitudes (I, 275, 5) (2); elle remonte à l'époque où l'on commença à séparer le droit de servitude de l'objet sur lequel il porte. Jusque-là, au lieu de recourir à des actions spéciales, on faisait usage de la revendication (I, 275), qui suffisait à tous les besoins. Elle tenait lieu d'action négatoire aussi bien que d'action confessoire : on revendiquait un fonds de terre contre la personne qui prétendait avoir droit au passage, ou l'on revendiquait le passage contre la personne qui prétendait avoir un droit absolu et exclusif sur le fonds.

1° *Action confessoire.* — On intente une action confessoire lorsqu'on prétend avoir une servitude réelle ou personnelle sur la chose d'autrui. Peu importe que le demandeur ait ou non la *juris possessio*. C'est là une différence avec la revendication qui

(1) La distinction est ancienne, mais la dénomination d'action confessoire est étrangère à Gaius (IV, 3) : elle apparaît seulement dans Ulpien (17 ad Ed., D., VIII, 5, 2 pr.; D., VIII, 6, 5, 6).

(2) Servitudes urbaines : Lab., ap. Paul, 49 ad Ed., D., XXXIX, 3, 2, 10; Aristo, ap. Ulp., 17 ad Ed., D., VIII, 5, 8, 5; Jul., 49 Dig., D., XXXIX, 1, 2. Servitudes rurales : Cels., 27 Dig., D., VIII, 3, 11; Gaius, IV, 3.

est refusée au possesseur; elle tient à deux causes : *a*) la quasi-possession n'a été admise pour les servitudes qu'à la fin du Ier siècle de notre ère : jusque-là, l'action confessoire fut le seul mode de protection du titulaire d'une servitude troublé dans l'exercice de son droit; *b*) la possession n'a pas reçu en matière de servitudes une application aussi générale qu'en matière de propriété, et par suite elle n'offre pas les mêmes avantages : les servitudes ne sont pas toutes protégées par des interdits, et ces interdits ne sont pas soumis à des règles uniformes. L'action confessoire n'a donc pas essentiellement pour objet la restitution de la possession; elle est utile à celui qui a la *juris possessio*, mais qui redoute de se voir contester son droit : il peut agir immédiatement pour le faire reconnaître.

Cette action se donne contre toute personne qui, par ses actes ou ses paroles, met en question l'existence de la servitude (1). Il n'est pas nécessaire que ce soit le propriétaire du fonds servant, sauf pour la servitude *oneris ferendi* (2). L'action se donne également contre celui qui *liti se obtulit* (3).

L'action confessoire, comme toute action exercée par une formule pétitoire, est une action arbitraire : le juge invite le défendeur à souffrir l'exercice de la servitude, à promettre sous caution de ne pas la troubler dans l'avenir (4), et l'invite aussi, le cas échéant, à rétablir les lieux dans leur état antérieur (5). En cas de contravention, il le condamne à payer une somme fixée par le demandeur sous la foi du serment.

2° *Action négatoire.* — Historiquement, l'action négatoire se rattache par sa création aux servitudes; c'est une action *de servitute* (6); théoriquement, elle forme l'une des actions servant à protéger la propriété. De son origine, il lui reste cette particularité qu'elle a pour objet exclusif d'établir l'inexistence d'une servitude, et non d'une restriction quelconque au droit de pro-

(1) Le défendeur doit, comme dans la revendication, fournir la caution *judicatum solvi*, sinon, au cas où il aurait la possession, le Préteur l'obligera à la transférer au demandeur par l'interdit *quem usumfructum* (Venul., 4 de int. *Vat. fr.*, 92) ou *quam servitutem* (Jul., ap. Afr., 9 Quæst., D., XXXIX, 1, 15).

(2) Ulp., 53 ad Ed., D., VIII, 5, 10, 1; 17 ad Ed., *eod.*, 6, 3.

(3) Paul, 21 ad Ed., D., VII, 6, 6.

(4) Ulp., 17 ad Ed., D., VII, 6, 5, 6; Paul, 21 ad Ed., D., VIII, 5, 7.

(5) La clause arbitraire est admise par tous pour les servitudes personnelles (Ulp., *loc. cit.*, 5, 3-5). Elle a été contestée, sans raison suffisante par Lenel (*E. P.*, I, 219), pour les servitudes prédiales : l'action qui les sanctionne est calquée sur celle qui protège l'usufruit (D., VIII, 5, 2 pr.). Il est d'ailleurs probable que cette clause tendait, non à une restitution proprement dite (Paul, D., V, 3, 19, 3), mais à *pati uti* ou *ire agere*. Cf. Dernburg, I, 2, 230, 2.

(6) Alf., 2 Dig., D., VIII, 5, 17, 2; Ulp., *eod.*, 2 pr.

priété, ni à plus forte raison du droit de propriété lui-même (1).

L'action négatoire peut être exercée par le propriétaire (2) contre quiconque prétend à une servitude sur sa chose (3) ou fait un acte qui suppose cette prétention (4). Peu importe que le défendeur ait ou non la *juris possessio* (5).

L'office du juge consiste à inviter le défendeur à rétablir les choses dans l'état antérieur et à tenir compte du profit qu'il a retiré de la chose au détriment du propriétaire (6), enfin à promettre de ne pas troubler à l'avenir le demandeur (*cautio de non amplius turbando*) (7).

L'action négatoire revêt parfois un caractère particulier : le demandeur ne se borne pas à contester au défendeur tout droit à une servitude, il affirme qu'il a le droit de lui interdire d'exercer une servitude. L'action porte ici le nom de *prohibitoire* (8). Les textes confirment l'existence de cette action sans en révéler l'utilité (9). Peut-être y avait-on recours lorsque le défendeur se disposait à faire un acte tendant à modifier l'état de la propriété (I, 516, 5), comme cela a lieu dans les servitudes *tigni immittendi, oneris ferendi*. Elle avait l'avantage d'empêcher le défendeur de réaliser durant l'instance l'acte projeté : il devait s'y obliger sous caution (10).

II. Actions utiles. — Les servitudes, constituées d'après le

(1) Inst., IV, 6, 2.

(2) Ulp., 17 ad Ed., D., VII, 6, 5 pr. Cf. Pap., 3 Quæst., D., VIII, 5, 6, 4.

(3) La prétention peut se manifester d'une manière quelconque : un acte matériel n'est pas nécessaire (Pomp., 33 ad Sab., D., VIII, 5, 14 pr.).

(4) Alf., 2 Dig., D., VIII, 5, 17, 2; Proc., 5 ep. *eod.*, 13; Pomp., 20 ad Sab., D., XLVII, 7, 6, 2.

(5) Pour triompher dans l'action négatoire, que devait prouver le demandeur? La question n'est pas résolue par les textes : on a proposé trois solutions. L'opinion la plus logique est celle qui oblige le demandeur à prouver son affirmation (*Jus N° N° non esse ita immissum habere invito A° A°*), c'est-à-dire l'inexistence de la servitude. Mais en pratique elle est peu satisfaisante; elle impose au demandeur une preuve souvent difficile. Aussi beaucoup d'auteurs pensent qu'il lui suffirait d'établir qu'il est propriétaire; la propriété confère un droit exclusif, à moins qu'un tiers ne prouve qu'il a acquis un droit sur la chose : c'est au défendeur à justifier qu'il a le droit de se comporter comme il le fait. Une opinion intermédiaire distingue suivant que le demandeur a ou non la quasi-possession : mais le texte invoqué (Ulp., D., VIII, 5, 8, 3) dit seulement que le non-possesseur jouera le rôle de demandeur; il ne dit pas ce qu'il devra prouver. Cf. Windscheid, I, 198.

(6) Lab., ap. Ulp., 17 ad Ed., D., VIII, 5, 4, 2.

(7) Jav., 2 ep., *eod.*, 12.

(8) Stephan. schol. ad D., VII, 6, 8 pr. Ce texte a été signalé par Zachariæ (*Z. f. g. Rw.*, 1844, XII, 259). Cf., sur les controverses auxquelles a donné lieu l'action prohibitoire, H. Monnier, *Nouv. Rev. hist.*, XIX, 681-684; Lenel, *E. P.*, I, 217.

(9) Ulp., 37 ad Ed., D., VII, 6, 5 pr. : *Cum invito se negat jus esse utendi fructuario vel sibi jus esse prohibendi;* Marcel., 6 Dig., D., VIII, 5, 11 : *Agere... jus sibi prohibendi esse vel illi jus ædificandi non esse.*

(10) Cf. Karlowa, II, 470; Monnier, p. 684; Voigt, *Rg.*, II, 664.

droit nouveau (quasi-tradition, *longi temporis præscriptio*) (1), sont sanctionnées par des actions utiles (2). Ces actions sont pareillement accordées, pour une raison d'équité, au créancier gagiste, au fermier d'un *ager vectigalis*, au superficiaire (3), et vraisemblablement au possesseur d'un fonds provincial. Quant à l'usufruitier, il fera valoir les servitudes attachées au fonds en exerçant contre les tiers qui s'y opposent l'action qui protège son droit d'usufruit (4).

III. Interdits. — Les servitudes prédiales ont été de bonne heure protégées par des interdits. Mais cette protection n'a pas été organisée d'une manière générale : elle a été restreinte aux quatre servitudes les plus anciennes, passage, aqueduc, puisage, égout (I, 483; 484, 1) (5); elle a été complétée pour les servitudes urbaines par la création de l'interdit restitutoire *quod vi aut clam* (I, 484, 2).

Le droit classique a conservé ces interdits sans en créer de nouveaux pour protéger les servitudes plus récemment admises. Il s'est borné à permettre d'invoquer comme interdits utiles les interdits déjà consacrés par l'édit, lorsque les nouvelles servitudes présentaient quelque analogie avec les anciennes, par exemple la servitude *pecoris ad aquam appulsus* (6) ou *aquæ recipiendæ* (7). Le Préteur a cependant ajouté à l'interdit *de fonte* une clause *de lacu, puteo, piscina* (8), et à l'interdit *de aqua* une clause *de aqua ex castello*. Il a voulu, dans le premier cas, prévenir un doute sur l'application de l'interdit *de fonte* à une servitude portant non plus sur une fontaine, mais sur un lac, un puits, une piscine ; il exige d'ailleurs qu'ils soient alimentés par des eaux vives (9). Dans le second cas, le doute était plus sérieux

(1) Ulp., 53 ad Ed., D., VIII, 5, 10 pr. ; XXXIX, 3, 1, 23.

(2) Ulp., 70 ad Ed., D., XLIII, 18, 1, 9. Ailleurs Ulpien (16 ad Ed., D., VI, 2, 11, 1) appelle Publicienne l'action confessoire utile. Cf. Stephan. Schol., 10 ad *h. l.* Sur la rédaction de l'action utile, voir Appleton, *Hist. de la propriété prétorienne*, I, n° 49; Lenel, *E. P.*, I, 193.

(3) Jul., 49 Dig., D., VIII, 1, 16 ; Ulp., 52 ad Ed., D., XXXIX, 1, 3, 3.

(4) Lab., Nerva, Marcel., ap. Ulp., 18 ad Sab., D., VII, 6, 1 pr.

(5) Ces interdits sont les uns restitutoires (*de itinere, de fonte, de aqua*), les autres prohibitoires (*de itinere reficiendo, de fonte reficienda, de rivis reficiendis, de cloaca reficienda*). Cf. sur ces interdits, Destrais, *De la propriété et des servitudes*, 1885, p. 469-482.

(6) Interdit *de aqua* : Treb., ap. Ulp., 70 ad Ed., D., XLIII, 20, 1, 18.

(7) Lab., ap. Ulp., 53 ad Ed., D., XXXIX, 3, 1, 23 *in fine*. Cf. sur cette servitude Ofil., ap. Paul, 49 ad Ed., *eod.*, 2, 10; Alf., 2 Dig., D., VIII, 3, 29. De même Caracalla (p. 270, 1) prescrit de protéger, sans doute par les interdits *de fonte* et *de fonte recipienda* (Ulp., 70 ad Ed., D., XLIII, 22, 1 pr.; 1, 6), le *jus aquæ per rotam de flumine tollenda vel haurienda*.

(8) Ulp., D., XLIII, 22, 1 pr. L'interdit *de fonte recipienda* est également applicable (*Ibid.*, 1, 10).

(9) Ulp., D., XLIII, 20, 1, 38; 22, 1, 4.

encore, car l'*aqua ex castello* ne saurait former l'objet d'une servitude (1). La jurisprudence a pareillement étendu l'application de l'interdit *quod vi aut clam* à certains actes accomplis sur la maison d'un voisin, mais non à titre de servitude : tel est le cas où l'on en aurait détruit une partie pour arrêter un incendie (2).

L'introduction de la notion de la quasi-possession n'a eu aucune influence sur l'organisation de la protection des servitudes prédiales par voie d'interdits (3) : pas plus qu'à l'époque antérieure, il n'existe d'interdit destiné à protéger cette quasi-possession. Il en fut autrement pour les servitudes personnelles : les jurisconsultes des IIe et IIIe siècles (4) accordent à l'usufruitier (5) et à l'usager un interdit *uti possidetis* utile (6). En cas de dépossession violente, il existait un interdit spécial *si uti frui prohibitus esse dicetur* (7).

CHAPITRE VIII

La superficie.

Comme les servitudes, la superficie est un droit réel sur la chose d'autrui. Elle porte ordinairement sur une construction (8)

(1) CARAC., *loc. cit.* Le *castellum* n'est qu'un réservoir : cf. LAB., 4 Post., D., XVIII, 1, 78 pr.; *Lex col. Jul. Genetivæ*, c. 99, 100.

(2) SERV., ap. ULP., 71 ad Ed., D., XLIII, 24, 7, 4. Cf. pour des *arbores succisæ*, SAB., ap. ULP., 57 ad Ed., *eod.*, 19.

(3) Certains auteurs font une réserve pour les servitudes urbaines positives : l'exercice de ces servitudes serait protégé par l'*uti possidetis*. Mais le texte sur lequel on s'appuie est de Labéon (ap. ULP., 69 ad Ed., D., XLIII, 17, 3, 6-7), donc antérieur à l'époque où l'on a admis la notion de la quasi-possession. Il s'explique par l'idée que l'obstacle à l'exercice de la servitude est considéré comme un trouble apporté à la possession du fonds dominant. A l'inverse, l'exercice d'une servitude est parfois considéré comme un trouble à la possession du fonds servant : ici encore on donne l'*uti possidetis* (ULP., 17 ad Ed., D., VIII, 5, 8, 5 *in fine*). Ces applications de l'*uti possidetis* sont donc indépendantes de la notion de la quasi-possession et ne permettent pas d'affirmer que les servitudes urbaines ont été traitées autrement que les servitudes rurales.

(4) Labéon (ap. ULP., 17 ad Ed., D., VIII, 5, 2, 3) donnait au légataire d'usufruit, qui veut user d'un droit de passage que le testateur a exercé, l'interdit *de itinere* utile : il le traite comme l'héritier et l'acheteur qui sont de véritables possesseurs. Cf. nos *Recherches sur la possession*, p. 52.

(5) POMP., ap. ULP., 70 ad Ed., D., XLIII, 17, 4; VENUL., 1 Interd., D., XLI, 2, 52 pr.; PAP., ap. ULP., 12 ad Ed., D., IV, 6, 23, 2; *Vat. fr.*, 90 (où l'interdit est qualifié *utile*). Cf. LENEL, *E. P.*, 380.

(6) ULP., *eod.*, D., XLIII, 16, 3, 16; XLIII, 17, 4. Cf. pour l'*habitatio*, PAP., 29 Quæst., D., XXXIX, 5, 27.

(7) *Vat. fr.*, 91; ULP., 69 ad Ed., D., XLIII, 16, 3, 13-14. Cf. LENEL, *E. P.*, 376.

(8) PAUL, 48 ad Ed., D., XXXIX, 2, 18, 4; GAIUS, 25 ad Ed. prov., D., XLIII,

élevée par un locataire, avec l'autorisation du bailleur, sur le terrain qu'il a loué. Cette construction appartient au propriétaire du sol, en vertu de la règle *superficies solo cedit.* Mais, si le bail est de longue durée, le Préteur fait au locataire une situation privilégiée : il le protège par une action réelle. La jurisprudence en a conclu que le constructeur avait sur la maison un droit réel.

Les conditions requises pour la formation de ce droit révèlent une situation anormale. Ne serait-il pas plus simple d'acheter le terrain que de faire un bail à long terme? On y gagnerait d'avoir la propriété de la construction au lieu d'un simple droit réel. Il est vraisemblable que la convention de superficie s'est introduite pour des terrains qui n'étaient pas à vendre, qui appartenaient non à des particuliers, mais au peuple romain ou à une cité : c'était un moyen de tirer profit de certaines dépendances du domaine public. Cet usage remonte au temps de la République (1). Les particuliers ne tardèrent pas à suivre l'exemple de l'État : le fait est prouvé pour le siècle d'Auguste (2).

L'usage de la superficie se serait difficilement répandu, si le Préteur n'eût fait au locataire-constructeur et à ses ayants cause une situation à part (3). Un locataire ordinaire est sous la dépendance du bailleur et, dans une certaine mesure, à sa discrétion. On ne pouvait traiter de même celui qui, à ses frais, avait donné au fonds une plus-value notable. Le Préteur promit de le protéger, comme un possesseur (4), par un interdit prohibitoire

18, 2. Le mot *superficies* a une acception plus large et s'applique même aux plantations (Gaius, II, 73, 74; Inscr. d'H[r]. Mettich, IV, 10-15). Cf. notre mémoire sur *le Colonat partiaire*, p. 21.

(1) La superficie est mentionnée dans la loi agraire de 643, l. 92. On cite souvent les *VII tabernæ argentariæ* édifiées sur le Forum vers le milieu du VI[e] siècle, et louées à des banquiers. Mais ces boutiques avaient été construites par deux édiles de la plèbe et furent, après un incendie, rebâties par les soins de l'Etat (Liv. XXVI, 27; XXVII, 11). On ne saurait donc leur appliquer la décision d'Ulpien (44 ad Sab., D., XVIII, 1, 32) qui vise une époque ultérieure. — Exemples de superficie au II[e] siècle : autorisation donnée en 193 au gardien de la colonne Antonine de construire une maison sur un terrain public (*C. I. L.*, VI, 1585); convention relative à un droit de superficie sur le sol communal de Pouzzoles (*C. I. L.*, X, 1783).

(2) Lab., ap. Ulp., 69 ad Ed., D., XLIII, 17, 3, 7. Cf. Sen., *Ep.*, XIII, 89.

(3) La faveur accordée par le Préteur ne saurait être étendue au locataire d'une maison déjà bâtie. Cf. Degenkolb, *Das Platzrecht und die Miethe*, 1867. Il en serait autrement du locataire qui construirait une mansarde (*cœnaculum*) sur une maison, ou un bâtiment sur un souterrain (*Crypta :* cf. *Dict. des Antiq.*, II, 1575), pourvu que cette mansarde, ce bâtiment aient un accès direct sur la voie publique (Lab., *loc. cit.*). Cf. Ubbelhode-Gluck, l. 43-44, 5[e] p., 517.

(4) Cette assimilation remonte à une époque où l'on n'avait pas encore distingué la possession de la quasi-possession Lorsqu'on fit de la superficie un droit réel, on aurait dû ranger le superficiaire comme l'usufruitier parmi les *juris possessores;* mais la question n'avait pas ici d'intérêt pratique, le superficiaire étant depuis longtemps

analogue à l'*uti possidetis* (1). Pour triompher, le superficiaire n'a qu'à établir qu'il jouit conformément à la *lex locationis*, et d'une façon non vicieuse à l'égard de son adversaire ; il n'a pas à justifier de sa *causa possidendi*, à démontrer qu'il a contracté avec le propriétaire (2).

Le Préteur ne s'en est pas tenu là : il promit au superficiaire, qui justifierait d'un bail à long terme, toute action qui pourrait lui être demandée, notamment une action réelle (3).

Cette innovation, consacrée par l'édit perpétuel, détermina la jurisprudence à définir la nature du droit du superficiaire. On y vit d'abord une sorte de servitude analogue à l'usufruit (4), mais on ne tarda pas à abandonner ce point de vue; l'usufruit est rarement constitué à titre onéreux; il n'impose pas le payement d'une redevance annuelle; il est étroitement attaché à la personne du titulaire. On fit de la superficie un droit spécial sur la chose d'autrui, un droit aliénable et transmissible aux héritiers. On traita le superficiaire comme une sorte de propriétaire : il a les mêmes actions, les mêmes droits, les mêmes charges (5). Il peut, après enquête, obtenir une action en revendication utile pour réclamer sa chose contre tout possesseur (6), ou l'action

protégé par un interdit. La possession du superficiaire n'en est pas moins une possession *sui generis;* elle n'exclut pas celle du propriétaire qui peut intenter contre le superficiaire l'*uti possidetis* (Ulp., D., XLIII, 17, 3, 7).

(1) Ulp., 70 ad Ed., D., XLIII, 18, 1, 2. Cet interdit se donne contre le propriétaire du sol aussi bien que contre les tiers qui mettent obstacle à la jouissance du superficiaire. L'interdit est double : on peut concevoir un conflit entre le propriétaire et le superficiaire, entre un ex-superficiaire et le titulaire actuel sur l'étendue de la superficie.

(2) Ulp., 68 ad Ed., D., XLIII, 9, 1 pr. : *Is cui locandi jus est.* On a contesté que l'interdit de *superficie* ait été appliqué aux superficiaires qui avaient traité avec l'Etat : c'est le résultat d'une appréciation inexacte des pouvoirs respectifs des censeurs et du préteur. L'existence de l'interdit *de loco publico fruendo* prouve que la protection des locataires d'un *locus publicus* était l'affaire du préteur. Autre est la question de savoir si l'interdit a été créé alors que la superficie n'était pas encore usitée en droit privé. Ulpien signale comme l'une des causes de la création de l'interdit : *Quia incertum erat an locatio existeret.* Certains jurisconsultes traitaient la convention de superficie comme une vente (*ib.*, 1, 1). Le texte même de l'édit laisse indécise la question de savoir si la *lex* est une *lex locationis* ou *conductionis*. Tout cela s'explique par l'ancienneté de l'interdit et par l'usage de la superficie en droit public. Gaius dit en effet, dans son traité sur l'édit *de publicanis* (D., XIX, 1, 19), que les anciens employaient indifféremment *emptio* et *venditio;* il ajoute (21 ad ed. prov., *eod.*, 20) qu'il en était de même de *locatio* et de *conductio*. Cf. Ad. Schmidt, *Z. Sav. St.*, XI, 142; Voigt, *Rg.*, II, 690, 25.

(3) Ulp., D., XLIII, 18, 1 pr. : ... *Si qua alia actio de superficie postulabitur causa cognita dabo.* Ulpien explique cette clause de l'édit (*eod.*, 1, 3) : le superficiaire qui a loué *ad tempus* n'aura que l'interdit; *ei qui non ad modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competit.*

(4) Jul., 34 Dig., XXX, 86, 4. Cf. Mæc., ap. Paul, D., VIII, 3, 6, 1.

(5) Cf. pour la *cautio damni infecti*, Jul., ap. Ulp., D., XXXIX, 2, 9, 4.

(6) L'action *in rem utilis*, mentionnée par Ulpien (*eod.*, 1, 4), est une action

publicienne, s'il a traité avec un *non dominus* (1) ; il a l'action confessoire pour faire valoir les servitudes qu'il a acquises ; les actions en partage (2) ; la dénonciation de nouvel œuvre (3). Il peut vendre, donner, léguer, engager son droit (4), consentir une servitude personnelle ou acquérir une servitude prédiale.

Mais l'assimilation n'est pas complète, le superficiaire reste un locataire : à ce titre, il est tenu de payer au propriétaire du sol une redevance (*solarium*) (5). Cette obligation incombe non seulement au superficiaire et à ses héritiers, mais aussi à ses ayants cause à titre particulier (6). Il y a là une anomalie, car les conventions n'ont pas d'effet à l'égard des tiers : elle se justifie par la nécessité de conserver au propriétaire du sol la faculté de retirer quelque profit de sa chose. On ne pourait lui laisser une propriété nue, alors que le droit du superficiaire n'est pas comme celui de l'usufruitier susceptible de s'éteindre à la mort du titulaire.

La question de savoir comment se forme le droit de superficie est controversée. La naissance du droit est certainement soumise à la condition requise par le Préteur pour la concession de l'action réelle : l'existence d'un contrat de louage à long terme. Faut-il de plus, sinon une quasi-tradition, du moins, comme l'exige le Préteur pour la concession de l'interdit, le fait de *frui ex lege locationis*? Cela nous paraît vraisemblable, car en insérant dans l'édit *de superficiebus* la clause relative à l'action, le Préteur

in factum modelée sur la revendication (cf. Pellat, 98, 390; Schmidt, 150); elle peut être exercée même contre le propriétaire du sol. Si celui-ci revendique sa chose ou demande l'*uti possidetis*, le Préteur protège le superficiaire par une exception *in factum : Nam cui damus actionem, eidem et exceptionem competere, multo magis quis dixerit.*

(1) Paul, 19 ad Ed., D., VI, 2, 12, 3.

(2) Ulp., *h. t.*, 1, 8 et 9; D., XXXIX, 1, 3, 3; X, 3, 10.

(3) Ulp., D., XXXIX, 1, 3, 3. La question de savoir s'il a l'interdit *unde vi* utile est discutée. Ulpien (D., XLIII, 16, 1, 5) semble le lui accorder; mais il parle dans ce passage des personnes qui ont l'interdit direct ; il est donc probable qu'il s'agit ici de l'interdit exercé par le propriétaire. Le superficiaire est suffisamment protégé par l'interdit *de superficiebus*. Cf. Karlowa, II, 1267.

(4) Ulp., 44 ad Sab., D., XVIII, 1, 32 ; *h. t.*, 1, 7 ; 1, 6 ; Paul, 29 ad Ed., D., XIII, 7, 16, 2.

(5) Ulp., *h. t.*, 1, 6; 1, 9; D., XXXIX, 1, 3, 3 : *quasi inquilinus;* Paul, 21 ad Ed., D., VI, 1, 74. Le payement d'une redevance est essentiel (cf. rescr. Sev., Car., ap. Marc., D., XIII, 7, 17; Pomp., D., XXXIX, 2, 39, 2). Il devait être imposé, au moins pour la forme, lorsque la superficie était constituée à titre gratuit. Cf. Degenkolb, 29.

(6) *C. I. L.*, VI, 1585; Ulp., 21 ad Sab., D., XXX, 39, 5. Les textes ne disent pas comment cette obligation était sanctionnée. Le superficiaire actuel était sans doute réputé avoir tacitement contracté avec le propriétaire, par cela même qu'il acceptait la *lex locationis* consentie à son auteur : il était tenu de l'action *locati*. En tout cas, le propriétaire avait un droit opposable aux ayants cause particuliers du superficiaire (Paul., 68 ad Ed., D., XX, 4, 15).

s'est borné à ajouter une condition à celles qui étaient requises pour l'interdit (1).

La superficie s'éteint à l'arrivée du terme fixé dans le contrat, probablement aussi par la perte de la chose ou à défaut de payement du *solarium* pendant un certain délai (2).

CHAPITRE IX

Droit du fermier d'un « ager vectigalis ».

L'expression *ager vectigalis* désigne ici (3) une terre appartenant à une cité (4) et qui est affermée à perpétuité ou à long terme (cent ans et plus) (5), sous cette clause que le preneur et ses héritiers ne pourront être dépossédés tant qu'ils payeront la redevance convenue (*vectigal*) (6).

L'usage des baux à long terme est dû au désir d'encourager les colons à s'attacher à la terre qu'ils cultivent, et, par suite, de procurer aux cités des fermiers actifs qui payeront plus aisément

(1) Cf. Dernburg, I, 2, 244; Lenel, *Jherings Jahrb.*, XIX, 191, qui invoquent Ulp., *h. t.*, 1, 7 : *Sed et tradi posse intellegendum est, ut et legari et donari possit.* En sens contraire, Windscheid, I, 223, 18, et 15; Schmidt, 159; Girard, 382, 5.

(2) Cf. Pomp., 21 ad Sab., D., XXXIX, 2, 39, 2; Paul, D., XIX, 2, 54, 1 et 56.

(3) Cette expression a deux acceptions distinctes. Elle désigne : 1° les terres provinciales par opposition aux terres italiques; les unes soumises à l'impôt foncier (*stipendium, vectigal*), les autres exemptes de cet impôt (*immunes*). Cf. Hygin, 204, 16; 205, 5; Loi agraire de 643, l. 49, 66. — 2° Une terre appartenant à l'Etat ou à une cité et qui est concédée à un particulier pour en jouir librement, lui et ses héritiers, à charge de payer un *vectigal*. Cette concession est faite, tantôt à titre gratuit (*ager datus assignatus :* loi agraire de 643, l. 31, 77), tantôt à titre de vente (*ager trientabularius :* Liv. XXXI, 13) ou de louage. Pline (*Ep.* VII, 18) signale une autre application fort intéressante : pour assurer le fonctionnement d'une fondation alimentaire, il mancipa une de ses terres à l'*actor* de la cité, et se la fit remanciper *vectigali imposito*. Pline explique les avantages de cette combinaison : *Numeres reipublicæ summam? Verendum est ne dilabatur. Des agros? ut publici negligentur... Per hoc enim et reipublicæ sors in tuto, nec reditus incertus, et ager ipse, propter id quod vectigal large supercurrit, semper dominum a quo exerceatur, inveniet.* Voir un exemple analogue dans *C. I. L.*, X, 5853, où il s'agit d'assurer le service d'un anniversaire : la redevance est ici appelée *avitum*. Mommsen (IV, 150, 2) pense que ces donations à charge de rente sont l'origine probable de l'*ager vectigalis* municipal.

(4) D'après Hygin (116, 5), les *agri vectigales* affermés à long terme peuvent aussi appartenir à l'Etat, à des collèges de prêtres, aux Vestales. Au Digeste, il n'est question que des terres des cités. On n'a pas d'exemple de bail à long terme pour les terres de l'Etat : la durée normale était de cinq ans (Lab., D., XXXII, 30, 1).

(5) Lorsque les cités consentent des baux à court terme, l'*ager* est *non vectigalis* (Paul, 21 ad Ed., D., VI, 3, 1 pr.).

(6) Gaius, III, 145; Paul, 21 ad Ed., D., VI, 3, 1 pr. ; 5 Sent., D., XXXIX, 4, 11, 1; Hygin, 116, 14 (avec les corrections de Mommsen, IV, 149, 2) : *per annos centenos pluresve.*

la redevance promise. Ce mode de tenure apparaît au début de l'Empire (1). La jurisprudence eut à définir : 1° la nature du contrat intervenu entre la cité et le preneur; 2° la nature du droit acquis par le fermier. Sur le premier point, devait-on considérer comme un louage ou comme une vente un contrat qui conférait un droit perpétuel et héréditaire? On jugea préférable de le traiter comme un louage et de conserver ainsi à la cité le droit de propriété (2). Sur le second point, il était difficile d'assimiler le preneur à un fermier ordinaire, de le laisser sous la dépendance des magistrats de la cité : on s'accorda à dire qu'il y avait lieu de le protéger par une action réelle (3), et cette opinion fut consacrée par l'édit perpétuel (4). Les jurisconsultes du IIe siècle en conclurent que le fermier d'un *ager vectigalis* a un droit réel sur la chose d'autrui (5).

La construction doctrinale de ce droit n'était pas sans difficulté. Il présente une certaine analogie avec l'usufruit : comme lui, il donne droit à la jouissance de la chose; mais tandis que l'usufruit est temporaire et viager, le droit sur l'*ager vectigalis* est perpétuel ou de très longue durée. Tandis que le nu propriétaire sait que son droit reprendra toute sa valeur à la mort de l'usufruitier, le propriétaire de l'*ager vectigalis* ne peut concevoir cette espérance. Pour ne pas réduire son droit à néant, il a fallu trouver un compromis, donner à ce droit réel un caractère inconnu à l'ancien droit, associer à l'élément réel un élément personnel. Tandis qu'une servitude ne peut consister *in faciendo*, le fermier d'un *ager vectigalis* est tenu de payer une redevance au bailleur. Son droit fut construit comme celui du superficiaire : il se rapproche du droit de propriété.

Comme un propriétaire, le fermier d'un *ager vectigalis* peut

(1) Voir, outre le texte précité d'Hygin, écrit sous Trajan, une tablette de Pompéi de l'an 53 : un esclave public reconnaît avoir reçu le reliquat d'une somme due *ob avitum (et) patritum fundi Audiani*. Ces mots désignent, suivant Mommsen (*Hermes*, XII, 123), le fermage d'une terre louée par un bail perpétuel et héréditaire. — Peut-être, sous la République, avait-on eu déjà l'idée des baux à long terme, car la loi de la colonie de Genetiva Julia, de 710, jugea utile de défendre les baux de plus de cinq ans. (*C. I. L.*, II, 5439, c. 82).

(2) On remarquera qu'un droit réel naît ici d'un contrat : il n'est pas question de quasi-tradition. Il est vrai qu'on n'a pas, comme pour la superficie, le texte de l'Edit.

(3) Paul, 21 ad Ed., D., VI, 3, 1, 1 : *Placuit*.

(4) Pap., 28 Quæst., D., XXI, 2, 66 pr. : *Ea actione quæ de fundo vectigali proposita est*. La formule devait être rédigée *in factum* (Lenel, *E. P.*, I, 213).

(5) La question paraît s'être posée pour la première fois dans le cas prévu par Julien (ap. Ulp., 51 ad Ed., D., XXX, 71, 5) : le fermier d'un *ager vectigalis* avait légué le fonds au municipe. Ce legs devait-il être annulé par application de la règle qu'on ne peut léguer à une personne une chose qui lui appartient déjà ? Non, dit Julien, *quia aliquod jus in eo is qui legavit habet*.

aliéner entre vifs ou à cause de mort (1), constituer un usufruit, imposer ou acquérir une servitude prédiale (2), hypothéquer (3). Il peut réclamer le fonds contre tout possesseur, même contre un membre de la cité, intenter la Publicienne s'il a contracté avec un non-propriétaire (4), exercer l'action confessoire utile (5), les actions en partage, en bornage (6), *arborum furtim cæsarum, aquæ pluviæ arcendæ* (7). Il est dispensé de toute satisdation (8). Enfin, comme le possesseur de bonne foi, il gagne les fruits par la séparation (9).

Les baux à long terme ne paraissent pas avoir été usités à l'époque classique pour les domaines des particuliers ou des empereurs (10). Mais les baux pouvaient se renouveler indéfiniment par tacite reconduction ; les propriétaires s'efforçaient de garder leurs colons et leur concédaient divers avantages pour les décider à rester et les intéresser à la prospérité du domaine (11). Le règlement établi à cet effet portait le nom de *perpetua forma* (12), de *consuetudo domus* (13). Dans certaines provinces,

(1) Paul, 21 ad Ed., D., VI, 3, 1 pr. : *Neque his qui in locum eorum successerunt, auferri...* Pap., 2 Resp., D., L, 16, 219.
(2) Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 4, 1 pr. : *Tuitione prætoris... Vat. fr.*, 61.
(3) Scæv., 1 Resp., D., XX, 1, 31; Paul, 29 ad Ed., D., XIII, 7, 16, 2.
(4) Paul, *loc. cit.*, 1, 1; 19 ad Ed., D., VI, 2, 12, 2.
(5) Jul., 49 Dig., D., VIII, 1, 16.
(6) Ulp., D., X, 2, 10; X, 3, 7 pr.; Paul, D., X, 1, 4, 9.
(7) Paul, 6, 9 ad Sab., D., XXXIX, 3, 23, 1; XLVII, 7, 5, 3.
(8) Mac., 1 de appell., D., II, 8, 15, 1.
(9) Jul., 7 Dig., D., XXII, 1, 25, 1. On discute la question de savoir s'il a la possession ou la quasi-possession. Les textes sont muets. On a parfois invoqué Macer (*l. c.*) : *Qui vectigalem agrum possidet possessor intelligitur;* mais *possessor* est pris ici dans un sens spécial : Macer donne ce titre à celui *qui solam proprietatem habet*, et le refuse au créancier gagiste *tametsi possessionem habeat*. Le silence des textes s'explique, à notre avis, parce que le fermier de l'*ager vectigalis* a, comme tout fermier de terres publiques, l'interdit *de loco publico fruendo*. La jurisprudence n'eut pas à examiner ni à résoudre une question sans intérêt pratique : il était inutile de rechercher si le fermier a la possession ou la quasi-possession dès l'instant qu'il était protégé comme locataire, mieux qu'il ne le serait à tout autre titre. Pour triompher il n'avait pas, comme celui qui intente l'*uti possidetis*, à justifier des faits qui rendent sa possession manifeste quant au *corpus* et à l'*animus*. Au lieu de cette preuve souvent délicate, il n'avait qu'à prouver deux faits faciles à établir : 1° que la terre était une terre publique ; 2° qu'il l'avait louée au magistrat compétent.
(10) Scævola (1, Resp., D., XX, 1, 31) cite cependant une *lex fundo vectigali dicta* contenant la clause, *ut si post certum temporis vectigal solutum non esset, ad dominum redeat*. Si le mot *dominus* n'a pas été interpolé, ce qui est probable, il y a là la trace d'un *jus in agro vectigali* établi par un particulier.
(11) Colum., I, 7 ; *C. I. L.*, IX, 3674; X, 1877; Inscr. d'Henchir-Mettich. Cf. notre mémoire sur *le Colonat partiaire*, 49-50.
(12) *C. I. L.*, VIII, 10570-14464, col. 3, l. 16; 4, l. 7-8.
(13) P. 193. L'inscription d'H[r] Mettich rapporte un règlement fait *ad exemplum legis Mancianæ*. On ignore ce qu'est cette *lex Manciana*. Cf. Edouard Cuq, *Nouv. Rev. hist.*, 1899, p. 642.

telles que l'Afrique proconsulaire, l'Achaïe (1), on trouve dès le IIe siècle des exemples de clauses analogues à celles qui furent plus tard l'objet du contrat emphytéotique. On encourage les colons à améliorer le fonds par des plantations nouvelles en les dispensant de toute redevance pendant plusieurs années; à défricher les terres incultes, à cultiver les champs abandonnés en leur en donnant la propriété de fait (2).

CHAPITRE X

L'hypothèque.

I. Notion de l'hypothèque. — L'hypothèque est un droit réel établi sur la chose d'autrui pour garantir le payement d'une dette. C'est un mode perfectionné de constitution d'une sûreté réelle : il n'exige ni le transfert de la propriété comme l'aliénation fiduciaire (I, 641-642), ni la remise de la chose comme le gage (I, 634). Il concilie d'une manière satisfaisante l'intérêt du créancier et celui du débiteur : au créancier, il confère le droit de se mettre en possession faute de payement à l'échéance (3), et ce droit est sanctionné, non seulement par les interdits possessoires comme le gage, mais par une action réelle comme l'aliénation fiduciaire. De son côté, le débiteur conserve jusqu'à l'échéance l'usage, la jouissance et la disposition de sa chose, sous la réserve du droit qu'il a concédé (4); il peut l'affecter à la sûreté de plusieurs dettes, lorsqu'elle a une valeur suffisante pour les garantir. Après payement, s'il veut recouvrer sa chose, il n'en est pas réduit à l'*usureceptio* (I, 645, 2-3) ou à l'action personnelle de fiducie : il a l'action en revendication.

Malgré les avantages que procure l'hypothèque, l'aliénation fiduciaire et le gage ont subsisté : l'une offrait au créancier une sûreté plus énergique (5) ; l'autre, une sécurité plus grande pour les objets faciles à détourner (6).

(1) Inscr. d'Hr Mettich, d'Aïn Ouassel; de Thisbe, contenant un édit du proconsul d'Achaïe et publiée par Dittenberger en 1891. Cf. notre *Colonat partiaire*, p. 27 ; Beaudouin, *Les grands domaines*, 1899, p. 264.

(2) Voir notre mémoire, p. 18-19.

(3) En cas d'abus de jouissance, le créancier peut agir avant l'échéance. Cels., ap. Ulp., 73 ad Ed., D., XX, 1, 14 pr.

(4) Le débiteur peut aliéner (Diocl., C., VIII, 27, 12), sauf convention contraire (Marc., D., XX, 5, 7, 2) ou fraude (Jul., ap. Ulp., D., XLVII, 2, 19, 6).

(5) L'aliénation fiduciaire subsistait à la fin du IVe siècle (C. Th., V, 14, 9.)

(6) La situation du créancier gagiste a été améliorée : 1° Il est protégé par l'exception de dol contre une revendication anticipée (I, 636); 2° s'il perd la possession, il

II. Histoire de l'hypothèque. — L'hypothèque s'est introduite lentement dans la pratique (1). Pendant longtemps, les Romains ont continué à préférer les garanties personnelles aux garanties réelles (2). Le Préteur lui-même, qui a sanctionné l'hypothèque, n'admet pas qu'elle soit équivalente au cautionnement (3). C'est seulement au milieu du IIe siècle que Pomponius a pu dire : *Plus cautionis in re est quam in persona* (4).

Les Romains ont de bonne heure pratiqué l'hypothèque (5) sous la forme du *pignus oppositum* (6) dans les cas où la remise des objets engagés n'eût guère été possible, notamment dans les baux à loyer et dans les baux à ferme (I, 635, 2-3; 624, 2). Elle n'a pris le caractère d'une institution juridique qu'après avoir été sanctionnée par le Préteur. Cette sanction a d'abord été établie pour un cas spécial, celui du colon qui affecte à la sûreté de sa dette son matériel d'exploitation. La garantie du bailleur était ici fort précaire : le colon avait plus de facilité que le locataire d'une maison pour échapper à la surveillance du bailleur et pour transporter hors du fonds les objets engagés.

Le Préteur accorde au bailleur non payé l'interdit Salvien, pour se mettre en possession des *invecta et illata* (7). Désormais, le bailleur eut un droit sur les objets engagés par le

peut exercer l'action hypothécaire : il y trouve l'avantage d'avoir une action réelle et perpétuelle (Just., IV, 6, 7). Réciproquement le créancier hypothécaire peut user des interdits possessoires dès qu'il a été mis en possession : cette assimilation partielle du créancier gagiste au créancier hypothécaire explique le mot de Marcien (D., XX, 1, 5, 1) : *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.*

(1) Ulpien (D., XIII, 5, 14 1) fait encore allusion à l'époque où *utilitas pignorum irrepserit.*

(2) Trois faits le prouvent : la rareté des textes du Ier siècle sur l'hypothèque ; le silence du Sc. Velléien sur ce mode d'intercession qui n'était pas moins dangereux que la fidéjussion pour autrui ; la part prépondérante prise par Pomponius et Gaius à la formation de la théorie de l'hypothèque, théorie qui ne fut achevée que par les jurisconsultes du IIIe siècle.

(3) Ulp., 14 ad Ed., D., XLVI, 5, 7.

(4) 11 ad Sab., D., L, 17, 25. Cf. Paul, 4 Resp., D., XVII, 1, 59, 6 ; 33 ad Ed., D., L, 16, 188, 1.

(5) On a prétendu que les Romains ont emprunté aux Grecs leur système de sûretés réelles, mais il existe entre les deux systèmes des différences telles qu'il est difficile d'admettre cette manière de voir. Sur l'hypothèque en droit grec, voir notre article hypotheca (*Dict. des Antiq.*, V, 354-358 ; 361, 2).

(6) Herzen (thèse de Lausanne, 1899, p. 25 = *Nouv. Rev. hist.*, XXII) écarte l'analogie entre le *pignus oppositum* et l'hypothèque. Le cas prévu par Caton (*R. r.*, 146) se concilie, suivant lui, avec la remise de la possession au créancier : il est réputé avoir reçu tradition par cela seul que les objets engagés sont sur son fonds, c'est-à-dire dans sa sphère d'influence. Mais des deux textes cités à l'appui, l'un (Nerva, D., XLI, 2, 3, 13) exprime la doctrine reçue plus de deux siècles après Caton ; l'autre (Brut., Manil., D., XLI, 2, 3, 3) est étranger à la question, car il parle non pas de meubles déposés *sur* un fonds, mais d'un trésor enfoui *dans* un fonds.

(7) Gaius, IV, 147.

colon (1). Ce droit semble avoir été assez fragile : il était opposable au colon, mais non aux tiers détenteurs (2). Pour en faire un véritable droit réel, il fallait permettre au bailleur de s'en prévaloir envers et contre tous : ce résultat fut obtenu par la création d'une action réelle, l'action Servienne (3).

Tel fut le point de départ du pacte et du droit réel d'hypothèque (4). On en a peu à peu étendu l'application à tous les cas où un débiteur affecte un de ses biens à la garantie de sa dette, sans transférer ni la propriété ni la possession (5). On fit de l'hypothèque un instrument général de crédit, un mode de garantir toute sorte d'obligations. Le Préteur promit de protéger ces extensions du pacte sanctionné par Servius, par une action utile, modelée sur l'action Servienne, et appelée quasi Servienne ou hypothécaire (6).

La sanction donnée au pacte d'hypothèque était la reconnaissance implicite du droit qui en résultait. La jurisprudence eut à

(1) Ce droit portait même sur les objets qui n'appartenaient pas au débiteur. Cela est certain pour le bail à loyer (Ulp., D., XLIII, 32, 1, 5), et il n'y a pas de raison pour qu'il en soit ici autrement. Lenel (*E. P.*, 393) tire argument, en sens contraire, du mot *hic* employé par Ulpien : mais ce mot sert à marquer la différence qui existe entre les conditions de l'interdit et celles de l'action (Servienne) et non entre l'interdit *de migrando* et l'interdit Salvien.

(2) Gord., C., VIII, 9, 1. Julien (49 Dig., D., XLIII, 33, 1) dit le contraire, mais ou bien ce texte a été interpolé (Julien parlait de l'action Servienne, comme il semble résulter de Ulp., 73 ad Ed., D., XX, 1, 10, qui reproduit la décision originale de Julien), ou bien la règle appliquée à l'action avait été étendue à l'interdit. Cf. Lenel, *l. c.;* Karlowa, II, 1282. En tout cas, sous Justinien, l'interdit, comme l'action, se donne contre les tiers.

(3) Inst., IV, 6, 7. On ignore à quelle date furent proposés l'interdit Salvien et l'action Servienne : la question n'a d'ailleurs qu'une importance secondaire, aucun principe n'étant en jeu. Il est vraisemblable, et c'est l'opinion dominante, que l'interdit a précédé l'action, et que l'un et l'autre remontent au début de l'Empire.

(4) Il est très singulier qu'une innovation aussi importante n'ait été l'objet d'aucun édit : on n'en trouve pas la moindre trace. La plupart des textes relatifs à l'hypothèque sont empruntés, non aux commentaires sur l'édit, mais à des traités spéciaux *ad formulam hypothecariam*. Cette singularité tient peut-être à ce que les actions Servienne et quasi Servienne furent proposées par le préteur pérégrin avant d'être accueillies par le préteur urbain. Des deux modes de constitution d'une sûreté réelle, le *pignus* seul était accessible aux pérégrins; l'aliénation fiduciaire n'était pas possible pour ceux qui n'avaient pas le *commercium*. On conçoit que le préteur pérégrin ait sanctionné plus tôt que le préteur urbain un mode de constitution plus souple que le *pignus*. Cf. Karlowa, II, 1279.

(5) L'hypothèque fut surtout usitée dans les cas où il eût été peu pratique ou impossible de remettre la possession au créancier : hypothèque des produits d'une forêt (Cass., ap. Paul, 29 ad Ed., D., XIII, 7, 18, 3); des meubles d'un locataire (Nerva, Proc., ap. Paul, 5 ad Plaut., D., XX, 4, 13); d'une servitude rurale (Pomp., ap. Paul, 68 ad Ed., D., XX, 1, 12); d'un usufruit (Pap., ap. Marc., *eod.*, 11, 2); d'une créance (Pomp., *eod.*, 13, 2).

(6) Cette extension de l'action Servienne a dû suivre de près la création de Servius. Le texte précité de Cassius suppose la validité du *pignus* constitué par un simple pacte sur les produits d'une forêt : *Nominatim in dando pignore adjiciendum esse ait : quæque ex silva facta natave sint.*

déterminer la nature de ce droit, ses conditions d'existence, à régler le conflit entre créanciers ayant hypothèque sur la même chose. La théorie de l'hypothèque, ébauchée par les jurisconsultes du règne de Trajan, développée par ceux des IIe et IIIe siècles, porte à tous égards la marque de l'époque où elle s'est formée. On sent qu'elle a été construite par des esprits libres et avertis, qui l'ont accommodée aux besoins de leurs contemporains. S'ils n'ont pas réussi à organiser d'une manière parfaite le crédit réel, ils ont eu du moins le mérite de tracer la voie dans laquelle le droit moderne devait s'engager : assurer au créancier hypothécaire le moyen d'être payé sur le prix (1).

III. Caractères de l'hypothèque. — 1° L'hypothèque est un droit réel sur la chose d'autrui. Aucune loi ne l'a consacré, mais de l'existence d'une action réelle prétorienne, la jurisprudence a conclu à l'existence d'un droit (2) opposable, soit au débiteur, soit aux tiers qui ont acquis, à une date postérieure, un droit réel quelconque sur la chose hypothéquée (3).

2° L'hypothèque est un droit accessoire : elle suppose l'existence d'une créance à garantir. Cette créance peut être civile ou naturelle, pure et simple ou à terme, conditionnelle ou future. Si elle était nulle ou susceptible d'être paralysée par une exception péremptoire, l'hypothèque serait inefficace (4).

IV. Constitution de l'hypothèque. — L'hypothèque s'établit de deux manières : par un simple pacte ou par la loi (5). On peut y joindre le testament, bien qu'il ne confère pas une véritable hypothèque.

§ 1er. *Hypothèque conventionnelle.* — La simple convention suffit pour constituer une hypothèque (6) : aucune forme n'est

(1) Cf. Labbé, sur Ortolan, III, 929.

(2) Gaius, D., IX, 4, 30; XXXIX, 2, 19 pr. Les textes rapprochent l'hypothèque de l'usufruit. Tous deux sont des droits réels temporaires; ils comportent le terme suspensif ou extinctif (Ulp., D., XX, 6, 6; Paul, D., VII, 1, 4); ils s'appliquent à des meubles, des immeubles ou des créances. Voir d'autres analogies quant au legs d'une chose grevée d'un usufruit ou d'une hypothèque (Pap., D., XXXI, 76, 2; 66, 6), à l'usucapion (p. 251, 1); et une différence pour l'abandon noxal (Gaius, D., IX, 4, 27 pr.). — D'autres textes rapprochent l'hypothèque de l'obligation : l'expression *rem obligare* (Ulp., IV, 4, 7, 3) indique que l'hypothèque comme l'*obligatio personæ* est un rapport temporaire, et tend à nous procurer une valeur non pas directement, mais par l'intermédiaire d'une chose. A tous autres égards l'hypothèque se rapproche de l'usufruit. Cf. Dernburg, *Das Pfandrecht*, 1865, I, 116-129.

(3) Il n'est pas nécessaire qu'ils aient traité avec le débiteur : l'hypothèque est opposable au possesseur qui a usucapé (p. 251, 1).

(4) Marc., D., XX, 1, 5 pr.; Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 7, 11, 3.

(5) On ne peut considérer comme des hypothèques le *pignus prætorium* et le *pignus ex causa judicati captum* (Car., C., VIII, 22, 1) qui sans doute ont quelque analogie avec notre hypothèque judiciaire, mais qui exigent une prise de possession effective.

(6) Ulp., 11 ad Sab., D., XIII, 7, 11 pr. La convention peut être tacite (Mod., 4 Resp., D., XX, 1, 26 pr.).

requise. Il est d'usage de constater par écrit la constitution d'hypothèque pour en faciliter la preuve et pour en fixer la date (1). — L'hypothèque, droit accessoire, ne peut être établie qu'au profit du créancier (2). Consentie à un mandataire ou à un tuteur, elle n'est pas acquise de plein droit au mandant ou au pupille (3). — L'hypothèque doit en principe être consentie par le propriétaire : il suffit qu'il ait la chose *in bonis*, mais il faut qu'il soit capable d'aliéner (4). L'hypothèque de la chose d'autrui est permise de la part d'un mandataire ou d'un gérant d'affaires, ou sous la condition que la chose deviendra plus tard la propriété du constituant (5). Peuvent aussi hypothéquer, sous réserve du droit du propriétaire au *solarium* ou au *vectigal,* le superficiaire et le fermier de l'*ager vectigalis*.

§ 2. *Hypothèque légale.* — La coutume ou la loi confèrent une hypothèque à certains créanciers : au locateur d'un fonds urbain sur les meubles de son locataire, au bailleur d'un fonds rural sur les fruits (6), au capitaliste qui a prêté de l'argent pour reconstruire une maison (7), au pupille sur les biens achetés de ses deniers par son tuteur ou par un tiers (8). Ces hypothèques sont spéciales et se justifient soit par l'idée d'une convention tacite, soit par une raison d'intérêt public. Il y a aussi des hypothèques générales au profit du fisc sur les biens de ceux qui contractent avec lui, et sur les biens des contribuables pour assurer le recouvrement des impôts directs (9).

§ 3. *Hypothèque testamentaire.* — Pendant longtemps il n'y eut pas de moyen juridique de constituer une hypothèque par acte de dernière volonté : le legs *per vindicationem* ne s'applique qu'aux droits consacrés par le *jus civile;* les autres formes de legs et les fidéicommis ne confèrent que des droits de créance.

(1) Gaius, de form. hyp., *eod.*, 4.
(2) Tryph., 8 Disp., D., XX, 1, 33.
(3) Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 7, 11, 6. Il en est autrement sous Justinien (C., IV, 27, 2). La convention d'hypothèque peut être conclue avec un mandataire spécial ou un gérant d'affaires (Ulp., *h. t.*, 21 pr.; Jourdan, *L'hypothèque*, 1876, p. 354).
(4) Gaius, *h. t.*, 15, 1. Cf. p. 264, 1. Le conjoint donataire ne peut hypothéquer le bien donné (Pap., *h. t.*, 1, 4).
(5) Paul, 29 ad Ed., D., XIII, 7, 20 pr. ; Marc., *h. t.*, 16, 1 et 7. Dans tout autre cas, l'hypothèque est nulle d'après Paul (3 Quæst. D., XIII, 7, 41). Mais d'après Modestin, la nullité est couverte si le constituant acquiert ultérieurement la propriété et si le créancier l'a cru autorisé à constituer l'hypothèque (7 Differ., *h. t.* 22). Cf. Jourdan, 373.
(6) Pomp., 3 ex var. lect., D., XX, 2, 7. Cf. p. 17, 2.
(7) Sc. du règne de Marc-Aurèle : Pap., 10 Resp., *eod.*, 1.
(8) Sev., Car., C., VII, 8, 6.
(9) Car., C., VII, 15, 1-2. Voir sur les hypothèques légales notre article hypotheca (*Dict. des Antiq.*, V, 362).

Au IIIe siècle, des nécessités pratiques déterminèrent la jurisprudence à donner effet aux dispositions prises par le *de cujus* pour assurer l'exécution de ses volontés (1) : elle décida que la clause qui affecte un fonds ou tout autre objet à la garantie d'un legs de rente viagère, vaudrait comme fidéicommis et donnerait lieu à un envoi en possession à titre conservatoire (2). Cet envoi en possession était opposable non seulement au grevé, mais aussi à toute personne qui, lors de l'acquisition de la chose, avait connaissance du fidéicommis. Le droit du fidéicommissaire n'est donc pas, comme le droit d'hypothèque, opposable à tout tiers détenteur : c'est un *quasi pignus* (3). Cette réserve a disparu au Bas-Empire : l'hypothèque peut être directement établie par testament (4).

V. OBJET DE L'HYPOTHÈQUE. — Tant que l'hypothèque ne conféra d'autre droit que celui de se mettre en possession, elle eut pour objet exclusif une chose corporelle, meuble ou immeuble. Lorsque, plus tard, elle conféra le droit de vente, la portée de l'hypothèque s'élargit : Gaius pose en principe qu'elle peut avoir pour objet toute chose susceptible d'être vendue (5) : au lieu d'hypothéquer la propriété, on peut, d'après Pomponius, se contenter d'hypothéquer une servitude rurale de passage ou d'aqueduc (6), mais non une servitude urbaine (7) ; on peut aussi, d'après lui, hypothéquer une créance (*pignus nominis*)

(1) Cette innovation fut admise en cas de legs de rente viagère ou de pension alimentaire : ici la garantie des cautions était insuffisante, car il s'agissait de prestations à fournir pendant un nombre plus ou moins grand d'années. Ne pouvant léguer l'hypothèque, le testateur léguait à celui qui était chargé de la rente, la propriété d'un fonds dont les revenus étaient affectés au payement du legs (*fundus ad alimenta relictus*) (ULP., 5 de omn. trib., D., II, 15, 8, 15; MOD., 10 Resp., D., XXXIV, 1, 4). Ce procédé n'était satisfaisant ni pour les légataires qui couraient les chances d'une mauvaise récolte, ni pour l'héritier qui était définitivement privé du fonds et ne pouvait en général, comme en cas d'aliénation fiduciaire, réclamer la chose au bout d'un certain temps.

(2) PAP., 7 Resp., D., XXXIII, 1, 9. Cf. PAUL., 14 Resp., D., XXXIV, 1, 12.

(3) ULP., 3 Disp., D., XIII, 7, 26 pr. : *Non est mirum, si ex quacumque causa magistratus in possessionem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse imperator noster cum patre sæpissime rescripsit*; C., VI, 53, 3.

(4) *C. J.*, VI, 43, 1 : *Hoc jure nostro increbuit licere testatori hypothecam rerum suarum in testamento... dare.*

(5) GAIUS, D., XX, 1, 9, 1.

(6) D., XX, 1, 12 : *Propter utilitatem contrahentium admittenda est.* Le créancier hypothécaire pourra, en vertu d'un pacte spécial, user de la servitude s'il a un fonds voisin, puis faute de payement à l'échéance la vendre à un tiers. C'est une extension du droit reconnu au titulaire d'une servitude de puisage ou d'aqueduc d'accorder à des voisins la faculté de prendre de l'eau chez lui (AFR., D., VIII, 3, 33, 1).

(7) MARC., *h. t.* 11, 3. Cette servitude ne pouvant être utile qu'à un très petit nombre de personnes, parfois à une seule, ne pourrait donner lieu à des enchères sérieuses.

ou même une hypothèque (*pignus pignoris*). Papinien fit admettre l'hypothèque d'un usufruit, Paul celle d'une superficie ou d'un *jus in agro vectigali*.

L'hypothèque est générale ou spéciale suivant qu'elle porte sur une chose isolée ou sur une *universitas rerum* (1). Il était d'usage de joindre à la convention affectant certains biens à la sûreté d'un créancier une clause d'hypothèque générale (2).

VI. Effets de l'hypothèque. — Au début de l'Empire, l'hypothèque d'une chose corporelle confère au créancier un droit unique, le droit de posséder la chose, faute de payement à l'échéance. Au IIIe siècle, elle confère un second droit, le droit de vente. L'hypothèque d'une chose incorporelle produit des effets spéciaux qui seront indiqués séparément.

§ 1er. *Droit à la possession.* — 1° *Moyen de le faire valoir.* Ce droit, qu'on ne peut faire valoir qu'après l'échéance, est sanctionné par l'action quasi Servienne. Cette action est réelle, *in factum*, arbitraire : *a*) Elle se donne soit contre le constituant, soit contre les tiers détenteurs, et même contre ceux qui, par dol, ont cessé de posséder (3). *b*) Le juge a trois faits à vérifier : s'il existe un pacte d'hypothèque, si le constituant avait la chose *in bonis* lors de l'établissement de l'hypothèque, si le créancier n'a pas reçu son payement ou une satisfaction équivalente (4). *c*) La clause arbitraire confère au juge le pouvoir d'inviter le défendeur à restituer la chose, et, à défaut, de le condamner à en payer la valeur intégrale. Le détenteur a la faculté d'arrêter les poursuites en payant la dette, mais on ne peut l'y forcer (5). S'il se laisse condamner et que le montant de la condamnation dépasse le chiffre de la dette, le créancier remettra l'excédent au débiteur ou aux créanciers hypothécaires postérieurs. Lorsque l'action est intentée contre le débiteur, la condamnation est limitée au montant de la dette : il ne serait pas raisonnable de lui demander une somme supérieure qu'il aurait le droit de se faire restituer (6).

2° *Moyens d'écarter l'action hypothécaire.* — Le défendeur à l'action hypothécaire peut opposer diverses exceptions (7). Il peut alléguer : *a*) qu'il a une hypothèque antérieure (*exceptio rei sibi*

(1) Scæv., 27 Dig., *h. t.*, 34 pr.
(2) Gaius, *h. t.*, 15, 1 ; Ulp., 6.
(3) Marc., *h. t.*, 16, 3.
(4) Marc., D., XXII, 3, 23 ; *h. t.*, 16, 3-6 ; Gaius, *h. t.*, 15, 1 ; Ulp., D., XX, 6, 6.
(5) Sur la rédaction de la clause arbitraire, cf. Lenel, *E. P.*, 397.
(6) Ulp., *h. t.*, 21, 3 ; Gaius, IV, 51 ; Paul, 5 Resp., D., XX, 6, 12, 1.
(7) Voir la liste des principales exceptions dans Lenel, *loc. cit.*

[*ante*] *pigneratæ*) (1) ; *b*) qu'il possède un bien grevé d'une hypothèque générale, tandis que le demandeur a une hypothèque spéciale et une hypothèque générale : si, dans ce cas, les biens grevés de l'hypothèque spéciale suffisent pour désintéresser le demandeur, Sévère et Caracalla défendent de toucher aux biens grevés de l'hypothèque générale. Dioclétien a étendu cette règle au cas où les biens grevés de l'hypothèque spéciale sont insuffisants : on ne pourra s'attaquer aux autres que pour le surplus (2). *c*) Le tiers détenteur peut aussi se défendre par une exception de dol, soit pour se faire tenir compte des impenses nécessaires ou utiles qu'il a faites de bonne foi (3), soit pour obtenir du créancier la cession de ses actions (4).

3° *Avantages que procure la possession.* — Le créancier a le droit de retenir la chose jusqu'à parfait payement. Ce droit n'est modifié ni par un payement partiel, ni par la division de la chose hypothéquée : l'hypothèque est indivisible (5). Par une faveur spéciale, Gordien autorisa le créancier à retenir la chose pour assurer le payement des dettes chirographaires dont le constituant est tenu envers lui; mais ce droit n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires postérieurs (6).

Au IIIe siècle le créancier peut user et jouir de la chose (7). Il perçoit les fruits ou les intérêts, à charge d'en imputer la valeur sur les intérêts qui lui sont dus et subsidiairement sur le capital (8).

4° *Rapports que la prise de possession fait naître entre le créancier et le constituant.* — Ces rapports sont analogues à ceux qui résultent du contrat de gage (9). Le créancier est obligé à conserver la chose comme un bon père de famille, à la rendre après payement ou à remettre le reliquat du prix s'il y a eu

(1) Ulp., *h. t.*, 10 ; Marc., D., XX, 4, 12 pr.

(2) Sev., Car., C., VIII, 13, 2; Diocl., VIII, 23, 9. C'est le *beneficium excussionis realis* des modernes. Justinien (*Nov.*, IV, 2) a introduit un bénéfice de discussion personnel : le créancier doit s'adresser d'abord à ceux qui sont tenus personnellement de la dette, au débiteur et aux cautions ; il ne peut agir contre les tiers détenteurs que s'il n'a pas été intégralement payé.

(3) Afr., 9 Quæst., D., XXXIX, 2, 44, 1 ; Paul, 5 Resp., *h. t.*, 29, 2.

(4) Scæv., 5 Resp., D., XX, 4, 19. Cette cession servira au défendeur soit pour se faire rembourser par les cautions, soit pour écarter les créanciers postérieurs.

(5) Pomp., 35 ad Sab., D., XIII, 7, 8, 2; Paul, 75 ad Ed., XLV, 1, 85, 6 ; Diocl., C., VIII, 31, 2.

(6) C., VIII, 26, 1, 2-3.

(7) P. 210, 2. Sauf convention contraire (Pap., 7 Resp., D., XXXIII, 10, 9, 2).

(8) C., IV, 24, 1-3. On peut convenir que la jouissance de la chose tiendra lieu d'intérêts : cette convention aléatoire porte le nom d'*antichrèse* (Marc., *h. t.*, 11, 1). Elle est sous-entendue lorsque le créancier reçoit une chose frugifère pour sûreté d'un prêt gratuit (Paul, D., XX, 2, 8).

(9) Marc., D., XX, 5, 7 pr.; Alex., C., IV, 24, 4 ; Gord., *eod.*, 7. Cf. p. 398.

vente (1). Le débiteur est responsable de sa faute ou de son dol (2); il doit indemniser le créancier des impenses nécessaires (3). Ces obligations sont sanctionnées les unes par l'action *pigneratitia directa,* les autres par l'action *pigneratitia contraria.* L'hypothèque se distingue à cet égard des droits réels civils qui ne consistent jamais *in faciendo;* la combinaison du droit réel et du droit de créance apparaît ici très nettement.

§ 2. *Droit de vente.* — Le *jus possidendi* n'assurait pas directement le payement de la dette : c'était plutôt un moyen de pression sur le débiteur; on espérait que, privé de sa chose, il aurait à cœur de se procurer l'argent nécessaire pour la dégager. La pratique imagina deux moyens de donner satisfaction au créancier : la *lex commissoria,* le *pactum de distrahendo.*

La *lex commissoria* est une clause jointe au pacte d'hypothèque et qui attribue au créancier non payé la propriété de l'objet hypothéqué. Il l'acquiert soit pour un prix qui sera fixé par une estimation faite à l'échéance (4), soit pour un prix égal au montant de la créance. Cette dernière clause, très dangereuse pour le débiteur lorsque la chose avait une valeur supérieure au montant de la dette, fut prohibée par Constantin (5).

Bien préférable est le *pactum de distrahendo :* le créancier est autorisé à vendre la chose; il impute sur le prix la somme qui lui est due et restitue l'excédent s'il y en a. Ce pacte, qui donne satisfaction au créancier en ménageant le débiteur, fut de bonne heure usité (6) et devint peu à peu une clause de style : on finit par le sous-entendre. Au IIIe siècle, le droit de vente appartient, sauf convention contraire (7), à tout créancier hypothécaire (8).

Ce fut un grand progrès au point de vue théorique : la fonc-

(1) Ulp., *eod.*, D., XIII, 7, 9, 3; Pomp., *eod.*, 6, 1; Paul, *eod.*, 7.
(2) Ulp., 13, 1; Paul, *eod.*, 14.
(3) Ulp., *eod.*, 1, 2; 9 pr.; Pomp., *eod.*, 8 pr.; Ulp., *eod.*, 25.
(4) Sev., Car., ap. Marc., *h. t.*, 16, 9.
(5) *Vat. fr.*, 9; C., VIII, 34, 3. Cette clause était au IIe siècle usitée en Syrie (Scæv., 16 Dig., D., XXXII, 101 pr.). Cf. Mitteis, 441.
(6) Le pacte *de vendendo pignore* est mentionné par Javolenus (15 ex Cassio, D., XLVII, 2, 74), par Labéon (1 Pith., D., XX, 1, 35) et même par Servius (ap. Ulp., 71 ad Ed., D., XLVII, 10, 15, 32). Ce pacte devait, dans le principe, être fait *in continenti.* Au temps d'Ulpien, c'était indifférent, car le droit de vente était alors de la nature de l'hypothèque (D., XIII, 7, 4).
(7) Sous Justinien, cette convention n'a d'autre effet que de forcer le créancier à faire trois sommations au constituant : c'est ce qui résulte d'un texte interpolé d'Ulpien (D., XIII, 7, 4). La vente ne peut en aucun cas avoir lieu moins de deux ans après la sommation (C., VIII, 33, 3).
(8) Ulp., *eod : Hoc jure utimur ut liceat distrahere.*

tion de l'hypothèque peut désormais être réalisée directement; le créancier a le moyen de se faire payer. Au point de vue pratique, la transformation d'un droit conventionnel en un droit consacré par la loi améliora la situation du créancier : au lieu d'agir comme mandataire du constituant, il exerce un droit propre (1) qui n'est pas soumis aux chances d'extinction du mandat. Le créancier peut vendre, quand bon lui semble (2), contre la volonté ou après la mort du constituant, après même que le débiteur a aliéné la chose hypothéquée. Il lui suffit d'annoncer publiquement la vente (*proscribere*) et de notifier son intention au débiteur (3).

Si la vente ne donne pas de résultat (4), le créancier peut demander à l'empereur de lui attribuer la propriété de la chose (*dominii impetratio*) (5). Le débiteur a un délai (6) pour désintéresser le créancier et reprendre sa chose, sinon le créancier devient définitivement propriétaire.

§ 3. *Effets de l'hypothèque d'une chose incorporelle.* — Il ne saurait être ici question du *jus possidendi*, mais seulement du *jus distrahendi*. Le droit de vente appartient au créancier qui a hypothèque sur une servitude rurale, sur un usufruit, une superficie, un *jus in agro vectigali;* mais dans le premier cas, la vente ne peut être consentie qu'au profit d'un voisin (p. 309, 6).

Le *pignus nominis* confère un double droit : 1° celui d'exiger

(1) Pap., *eod.*, 42 : *In venditione... suum creditor negotium gerit;* Ulp., 35 ad Ed., D., XXVII, 9, 7, 1 : *Jus suum exsequitur;* Paul, 1 Decr., D., XX, 5, 13.

(2) Mod., 4 Reg., D., XX, 5, 8. En cas de pacte *de distrahendo*, Atilicinus était d'avis que le créancier pouvait être forcé de vendre dans l'intérêt du constituant (ap. Pomp., 35 ad Sab., D., XIII, 7, 6 pr.).

(3) Alex., C., VIII, 27, 4. Le créancier hypothécaire n'est pas garant de l'éviction : la bonne foi l'oblige seulement à garantir qu'il a le droit de vendre en raison du rang de son hypothèque, et à s'abstenir de tout dol (Alex., C., VIII, 45, 1; Gord., *eod.*, 2). Dans tout autre cas, l'acheteur n'a de recours que contre le débiteur qui a été libéré par son fait. On fut assez embarrassé pour déterminer l'action à exercer. Ulpien (2 Disp., D., XXI, 2, 38) oblige le créancier vendeur à céder son action *pigneratitia* contre le débiteur, comme si cette action n'avait pas été éteinte par le payement. Tryph. (8 Disp., D., XX, 5, 12) donne une action utile (*negotiorum gestorum contraria*), bien que le gérant n'ait pas eu l'intention de faire l'affaire d'autrui. Herm. (D., XXI, 2, 78) donne tout simplement l'action *ex empto utilis* contre le débiteur. Cf. Jourdan, 540.

(4) Le débiteur n'est pas admis à acheter sa propre chose : on ne veut pas qu'il tente de se libérer en l'achetant au-dessous de sa valeur (Pap., 3 Resp., D., XIII, 7, 40 pr.).

(5) Alex., C., VIII, 33, 1. Le créancier ne peut, lors de la vente, se porter acquéreur ni directement (Diocl., C., VIII, 27, 10) ni par personne interposée (C., VIII, 33, 3).

(6) Deux ans sous Justinien (C., VIII, 33, 3), qui a réglementé à nouveau la matière : il prescrit d'estimer la valeur de la chose; si elle est inférieure à la somme due, le créancier conserve son action personnelle pour l'excédent; si elle est supérieure, le débiteur conserve une quote-part de la propriété.

le payement à l'échéance : le créancier hypothécaire est assimilé à un cessionnaire de créance; il peut exercer comme actions utiles les actions du cédant dans la mesure de ce qui lui est dû à lui-même; il compensera la somme touchée avec celle qui lui est due. Si la créance a pour objet un corps certain, ce corps lui servira de garantie jusqu'à ce qu'on l'ait payé (1). 2° Celui de vendre la créance et de se payer sur le prix (2).

Le *pignus pignoris* donne au créancier le droit de faire valoir l'action hypothécaire de son débiteur; il lui donne également, d'après l'opinion générale, le droit d'exercer son action personnelle comme un cessionnaire de créance (3) : le *pignus pignoris* renferme un *pignus nominis* (4).

VII. Extinction de l'hypothèque. — L'hypothèque s'éteint par voie de conséquence ou par voie principale : par voie de conséquence dans tous les cas où le créancier a reçu son payement ou une satisfaction équivalente (5); par voie principale dans une série d'hypothèses telles que la vente de la chose par un créancier antérieur (6), la renonciation expresse ou tacite (7), la *præscriptio longæ possessionis*, mais non l'usucapion (8).

VIII. Pluralité d'hypothèques. — L'un des avantages de l'hypothèque est de permettre au débiteur d'affecter une même chose à la sûreté de plusieurs dettes. Mais les créanciers, qui ont obtenu successivement une hypothèque sur cette chose, n'ont pas des droits égaux (9) : l'hypothèque étant un droit réel,

(1) Paul, 29 ad Ed., D., XIII, 7, 18 pr.; Alex., C., VIII, 16, 4.

(2) Diocl., C., IV, 39, 7.

(3) Marc., *h. t.*, 13, 2; Gord., C., VIII, 23, 1; Scæv., D., XLIV, 3, 14, 3. Cf. Vangerow, I, 805; Dernburg, I, 2, 315; Windscheid, I, 239; Jourdan, 292.

(4) C'est un point contesté. D'après Huschke (*Giesz. Zeits.*, XX, 221), Brinz (*Pand.*, I, 83), Girard (*Manuel*, 768, 3), le *pignus pignoris* aurait pour objet l'hypothèque sans la créance; le créancier ne pourrait donc pas exercer l'action personnelle de son débiteur. Cette opinion méconnaît le caractère accessoire de l'hypothèque; elle met le créancier à la merci de son débiteur, qui peut exiger le payement et réduire à néant la sûreté qu'il a concédée. On objecte que, dans notre manière de voir, le *pignus pignoris* ne se distingue pas nettement du *pignus nominis*. Mais rien ne prouve que les Romains aient vu dans le *pignus pignoris* une convention essentiellement distincte du *pignus nominis*; ils appellent *pignus pignoris* la convention qui a pour objet l'hypothèque d'une créance garantie par une hypothèque : l'attention des parties se porte ici plutôt sur la garantie que sur la créance.

(5) Ulp., 78 ad Ed., D., XX, 6, 6 pr.

(6) Paul, II, 13, 4 et 8; Diocl., C., VIII, 27, 15.

(7) Car., C., VIII, 25, 2. Il y a renonciation tacite lorsque le créancier restitue la chose au constituant, ou donne son assentiment à la vente faite par le débiteur (Diocl., *eod.*, 9; Gaius, D., XX, 6, 7 pr.; Ulp., *eod.*, 4, 1); de même lorsque avant la vente les créanciers ont été invités publiquement à se faire connaître et que l'un d'eux, bien que présent, a négligé de se présenter (Diocl., *eod.*, 6).

(8) P. 251. Pap., D., XLI, 3, 44, 5 : *Persecutio pignoris quæ nulla societate dominii conjungitur sed sola conventione constituitur usucapione rei non perimitur.*

(9) Il en serait autrement si les hypothèques avaient été constituées en même temps

le débiteur ne peut, par un acte ultérieur, porter atteinte au droit qu'il a déjà concédé. Entre plusieurs créanciers hypothécaires, le premier en date a le droit le plus fort : *prior tempore, potior jure* (1). La priorité s'établit par témoins ou par écrit (2).

L'importance attribuée à la priorité donne lieu à trois questions, successivement résolues par la jurisprudence : 1° Peut-on céder son rang d'hypothèque (*successio in locum*)? 2° Un créancier postérieur peut-il prendre la place d'un créancier antérieur en offrant de le désintéresser (*jus offerendæ pecuniæ*)? 3° Les créanciers postérieurs ont-ils un droit actuel ou conditionnel?

1° *Successio in locum.* — Il y a *successio in locum* lorsqu'on prend la place d'un créancier hypothécaire pour jouir des avantages attachés à son rang d'hypothèque. C'est un bénéfice, de bonne heure consacré par la jurisprudence et qui donne à l'hypothèque une souplesse conforme aux exigences de la pratique. L'hypothèque, étant un droit accessoire, ne peut être détachée de la créance qu'elle garantit pour être rattachée à une créance nouvelle; mais on peut attribuer à un créancier postérieur le rang d'un créancier antérieur, le substituer à ce créancier dans l'exercice du droit hypothécaire. Cette solution ingénieuse fut proposée sous Trajan par Ariston et admise au profit du prêteur dont l'argent a servi à payer un créancier hypothécaire (3). Elle est subordonnée à la condition que le prêteur ait obtenu une hypothèque sur la chose (4) : cette condition est nécessaire, car la *successio in locum* n'entraîne qu'une cession d'antériorité. Une cession d'hypothèque est impossible : l'hypothèque ne peut sur-

avec solidarité (Ulp., *h. t.*, 10). A défaut de solidarité, chaque créancier a un droit proportionnel au montant de sa créance (d'après Pap., 11 Resp., D., XLII, 96, 3; Marc., *h. t.*, 16, 8) ou au nombre des créanciers (d'après Paul, 29 ad Ed., D., XIII, 7, 20, 1, et Ulp., *loc. cit.*).

(1) Car., C., VIII, 17, 4. Cette règle s'applique si la première hypothèque a été constituée pour sûreté d'une dette conditionnelle et que la condition se soit réalisée. Lorsque la dette est future, on doit rechercher si les parties ont entendu se lier actuellement (Gaius, D., XX, 4, 11 pr., 1; Pap., *eod.*, 1 pr.).

(2) Gaius, *h. t.*, 4. Pour éviter une antidate, Léon décida, en 472, qu'une hypothèque constatée par un acte public ou devant trois témoins serait préférée à celle qui ne serait constatée que par un acte sous seing privé même antérieur en date (C., VIII, 17, 11).

(3) Le bénéfice de la *successio in locum* a été étendu 1° au créancier hypothécaire qui a consenti à une novation par changement de débiteur, lorsqu'il est convenu que la chose restera hypothéquée pour la nouvelle obligation (Pap., *eod.*, 3 pr.; Marc., *eod.*, 12, 5); 2° à l'acheteur d'un immeuble hypothéqué, lorsque son argent a servi à payer le premier créancier (Paul, 6 Resp., *eod.*, 17). Si les jurisconsultes classiques avaient été de purs logiciens, ils auraient ici exclu la *successio in locum :* l'acheteur, devenu propriétaire, ne peut avoir d'hypothèque sur sa propre chose. L'équité l'a emporté sur la rigueur des principes.

(4) Ap. Paul, 3 Quæst., D., XX, 3, 3; Car., C., VIII, 19, 1. Cf. une application analogue dans Pap., ap. Marc., D., XX, 4, 12, 9.

vivre à la créance qu'elle garantit et que le payement a éteinte. La cession d'antériorité est un tempérament d'équité dont les créanciers ne peuvent se plaindre, car leur situation n'est en rien modifiée (1).

2° *Jus offerendi.* — C'est le droit reconnu à tout créancier hypothécaire d'offrir et d'imposer à un créancier antérieur (2) le payement de ce qui lui est dû. Celui à qui l'offre est adressée ne peut la décliner sous peine d'être déchu du droit d'exercer l'action quasi Servienne. Le *jus offerendi* a été admis au temps de Gaius pour améliorer la situation des créanciers postérieurs : il a paru inique de les laisser à la merci du premier créancier, et l'on a pu leur accorder une prérogative très importante en s'appuyant sur les termes de la formule insérée dans l'Edit. Pour obtenir gain de cause, il faut qu'il n'ait pas dépendu du demandeur de recevoir son payement : or, ici, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même s'il n'est pas payé (3). — L'offre doit être suivie de consignation : à cette condition, le créancier postérieur est mis au lieu et place du premier créancier (4) ; c'est une nouvelle application de la *successio in locum*.

3° *Droits des créanciers postérieurs.* — On ne s'est pas contenté d'accorder le *jus offerendi* aux créanciers postérieurs : on a cherché à définir leur situation d'une manière générale (5). On

(1) Il ne faut pas confondre la *successio in locum* avec le bénéfice de cession d'actions qui est accordé à la caution ou au tiers détenteur d'une chose hypothéquée. Deux faits le prouvent : *a.* le bénéfice de cession d'actions doit être demandé sous forme d'exception de dol ; la *successio in locum* a lieu de plein droit ; *b.* la cession d'actions peut avoir lieu au profit d'un créancier chirographaire ; la *successio in locum* n'est admise qu'au profit de ceux qui ont une hypothèque ou un droit de propriété sur la chose : cette condition serait injustifiable s'ils pouvaient se faire céder l'action hypothécaire garantissant la dette primitive. — L'intérêt de la distinction entre ces deux bénéfices consiste en ce que la *successio in locum* a un effet bien plus restreint que la cession d'actions : elle ne s'étend pas aux actions personnelles ou réelles du créancier dont on a pris la place. On n'a pas jugé utile d'accorder un surcroît de garantie à un créancier qui agit dans son intérêt personnel et non par nécessité. Cette distinction, méconnue par nos anciens auteurs, a été mise en lumière et justifiée par J.-E. Labbé (III, 904-907). Elle n'a pas été maintenue par notre Code civil : voir les art. 1249-1252 sur le payement avec subrogation.

(2) D'après Paul (II, 13, 8), le même droit a été accordé au créancier antérieur vis-à-vis d'un créancier postérieur. Cf. Labbé, *op. cit.*, III, 904, 2-4.

(3) Gaius, D., XX, 4, 11, 4.

(4) C., VIII, 18, 1.

(5) Ont-ils un droit conditionnel subordonné à l'extinction de la première hypothèque, ou un droit actuel, quoique moins fort que celui du premier créancier ? Chacune de ces conceptions a eu ses partisans. Gaius, et probablement avant lui Julien, ne lui attribue qu'un droit conditionnel (Afr., 8 Quæst., D., XX, 4, 9, 3 : *Priore dimisso, sequentis confirmatur pignus* ; Gaius, *h. t.*, 15, 2 : *Res est obligata... in solidum, cum primo debito liberata res fuerit*). Cette doctrine était fort rigoureuse : le droit des créanciers postérieurs reste en suspens tant que le premier créancier n'est pas payé ; il ne devient efficace avant la vente que grâce au *jus offerendi.* L'exer-

leur attribue un droit actuel susceptible de s'exercer contre toute personne autre que le premier créancier (1). Ce droit porte sur la chose et non sur l'excédent du prix. Les créanciers postérieurs peuvent en faire usage pour se faire mettre en possession : peuvent-ils également vendre la chose? On peut le soutenir en théorie (2), mais en pratique ils trouveront difficilement un acheteur, car celui qui traiterait avec eux ne pourrait se faire délivrer la chose contre le gré du premier créancier (3). Mais si celui-ci prend l'initiative de la vente, le second créancier a le droit de lui demander le reliquat du prix jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû (4). Le surplus, s'il y en a, pourra être réclamé par les créanciers subséquents dans l'ordre de leurs créances (5).

En somme et sauf le cas où ils sont en mesure d'exercer le *jus offerendi,* les créanciers postérieurs n'ont qu'une garantie précaire : ils sont à la merci du premier créancier. Il était donc très important pour celui qui exigeait une hypothèque, de savoir s'il était le premier en date ; mais comme ni la loi ni l'édit n'avaient organisé aucun mode de publicité de l'hypothèque, la pratique et la jurisprudence imposèrent au débiteur le devoir de déclarer à qui ses biens étaient déjà hypothéqués : à défaut d'une déclaration préalable, il était passible des peines du stellionat (6).

IX. Hypothèques privilégiées. — Certains créanciers jouissent d'un privilège : ils sont préférés à tous les autres, quelle que soit la date de leur hypothèque. Il y a deux hypothèques privilé-

cice de ce droit n'était pas toujours facile, car il fallait au préalable se procurer l'argent nécessaire pour payer le premier créancier. A titre de tempérament, Gaius, s'inspirant du droit grec, reconnaît aux créanciers un droit actuel à l'excédent du prix de vente sur le montant de la première dette (*hyperocha*) : *In id quod excedit priorem obligationem res est obligata, ut sit pignori hypothecæve id quod pluris est;* Pap., D., XLVI, 3, 96, 3 : *Superfluum pignorum ;* Paul, 25 Quæst., D., XXII, 2, 6 ; Tryph., 8 Disp., D., XX, 4, 20. Cette solution avait l'inconvénient de transformer le droit des créanciers : leur droit portait non plus sur la chose, mais sur l'action par laquelle le constituant pouvait après la vente exiger le reliquat du prix. Ils n'étaient plus que les cessionnaires des droits du débiteur contre le premier créancier. Les jurisconsultes postérieurs ont trouvé une solution théoriquement plus satisfaisante.

(1) Marc., D., XX, 4, 12, 7 : *Ab omni possessore eam auferre poterit præter priorem creditorem et qui ab eo emit ; Ibid.,* 12 pr.

(2) La question est discutée : cf. Labbé, *loc. cit.,* 927 ; Dernburg, *Pfandrecht,* II, 482 ; Windscheid, I, 241, 5 ; Jourdan, 658.

(3) Pap., 26 Quæst., D., XX, 5, 1 pr. ; Diocl., C., VIII, 17, 8.

(4) Marc., *loc. cit.,* 12, 5.

(5) A la différence du droit français, le prix de vente n'est pas consigné et réparti entre les créanciers sous le contrôle des magistrats : à Rome, les créanciers postérieurs courent le risque de l'insolvabilité du premier créancier qui a touché le prix de vente ; ils n'ont pas de recours contre l'acheteur qui n'a pas contracté avec eux.

(6) Gaius, *h. t.,* 15, 2 ; Ulp., D., XLVII, 20, 3, 1 ; D., XIII, 7, 36, 1.

giées (1) : 1° celle du fisc; 2° celle du créancier qui a prêté de l'argent pour conserver, réparer ou acquérir une chose hypothéquée à d'autres créanciers (2). Le privilège pour cause d'*in rem versio* n'existe que si l'hypothèque a été constituée au moment même où naît la créance; il a été établi par la jurisprudence par application du principe qu'on ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. — En cas de concours entre créanciers privilégiés, le fisc passe avant tous autres pour sa créance en recouvrement de l'impôt (3), mais non pour ses créances contractuelles (4).

(1) Justinien en a créé une troisième au profit de la femme, pour la restitution de sa dot (C., VIII, 17, 12; Nov., 97, 4).

(2) Marcel., ap. Ulp., D., XX, 4, 7, 1; Ulp., *eod.*, 5; Pap., *eod.*, 3, 1; Diocl., C., VIII, 17, 7.

(3) Carac., C., IV, 46, 1 : *Prior est causa tributorum.*

(4) Ulp., 3 Disp. D., XLIX, 14, 28.

LIVRE IV

LES OBLIGATIONS

CHAPITRE PREMIER

Nature et sources des obligations.

I. Notion de l'obligation. — L'obligation est un rapport de droit (1) établi temporairement entre deux personnes dont l'une (le débiteur) est tenue de fournir à l'autre (le créancier) une prestation susceptible d'être évaluée en argent. De cette définition découlent les caractères distinctifs de l'obligation.

1° C'est un droit contre une personne, le droit de lui demander l'accomplissement d'un acte dépendant de sa volonté (I, 578) (2). L'obligation a donc pour effet de restreindre la liberté d'agir du débiteur (3); elle ne peut pas l'anéantir (4). Cette restriction ne porte d'ailleurs aucune atteinte à la liberté personnelle du débiteur (5) : l'obligation n'implique pas un rapport de dépendance comme la puissance paternelle ou dominicale. Le débiteur reste libre et *sui juris* : le créancier ne peut de sa propre autorité le forcer à exécuter; il doit réclamer l'intervention du magistrat en exerçant une action en justice.

2° C'est un droit temporaire : le débiteur doit pouvoir se dégager de l'obligation en l'accomplissant; il doit aussi être libéré

(1) Le mot obligation désigne aussi soit la créance (Paul, 2 Inst., D., XLIV, 7, 3 pr.), soit la dette (Inst., III, 13 pr.) qui résultent du rapport de droit, soit l'acte par lequel on s'oblige (Lab., ap. Ulp., 11 ad Ed., D., L, 16, 19).

(2) Inst., *loc. cit. : Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicujus solvendæ rei secundum nostræ civitatis jura.* Les éléments de cette définition sont empruntés aux classiques : le *juris vinculum* à Ulp., 5 Reg., D., XLIV, 7, 54; le *necessitate adstringere* à Jul., 33, 34 Dig., D., XXX, 82 et 76; Pomp., 35 ad Sab., D., XIII, 7, 6 pr.; Diocl., C., IV, 38, 13; Ulp., D., XVIII, 1, 25, 1.

(3) Mod., 4 Pand., D., L, 16, 108 : *Debitor intellegitur is a quo invito exigi pecunia potest;* Paul, 32 ad Ed., D., XVII, 1, 22, 11. L'obligation est pour le débiteur une charge plus ou moins lourde (*onus*) : Pap., 10 Quæst., D., XLVI, 1, 48, 1. 2 Resp., D., III, 3, 67; Ulp., 49 ad Sab., D., XVIII, 4, 2, 14.

(4) Il en est de même pour les legs (Pap., 17 Quæst., D., XXXV, 1, 71, 2).

(5) On ne peut pas non plus restreindre la liberté de se marier ou de divorcer (Diocl., C., V, 4, 14). Cf. p. 86, 4; 98, 2.

lorsque le créancier a reçu satisfaction d'une autre manière (1). Dans les cas même où l'obligation établit un rapport d'une durée indéterminée (mandat, société), le caractère temporaire subsiste : le mandataire a la faculté de renoncer au mandat, l'associé de se retirer de la société.

3° La prestation qui forme l'objet de l'obligation doit en principe avoir une valeur pécuniaire (2). Comme les droits réels, l'obligation est un élément du patrimoine : un élément actif pour le créancier, un élément passif pour le débiteur.

La règle qui précède comporte quelques tempéraments : *a*) Il n'est pas nécessaire que la prestation augmente directement le patrimoine du créancier; il suffit qu'elle le dispense d'un déboursé (3). *b*) Dans les contrats de bonne foi, certains textes admettent qu'à défaut d'un intérêt personnel pour le créancier un intérêt moral, un intérêt d'affection ou d'humanité suffit (4). *c*) A l'inverse, un intérêt pécuniaire est parfois insuffisant; on ne peut créer une obligation pour satisfaire un caprice : les dettes de jeu, les paris sont dépourvus de sanction (5).

Malgré ces réserves, les parties jouissent, en matière d'obligations, d'une latitude beaucoup plus grande que pour les droits de famille ou les droits réels (6) : la volonté des contractants a été de bonne heure prépondérante. Aussi la notion d'obligation a-t-elle acquis une souplesse exceptionnelle; elle se prête aux exigences les plus variées de la vie sociale. Les Romains en ont fait un instrument si bien approprié au commerce juri-

(1) Pomp., 35 ad Sab., D., XLVI, 3, 26.

(2) Pap., 27 Quæst., D., XVIII, 7, 6, 1 : *Si pecuniæ ratione venditoris interesset.* On invoque souvent en ce sens Octaven. (ap. Ulp., 28 ad Sab., D., XL., 7, 9, 2) : *Ea enim in obligatione consistere, quæ pecunia lui præstarique possunt.* Mais ce texte relatif à la stipulation et à l'abandon noxal d'un *statuliber* ne paraît pas avoir eu, dans la pensée de son auteur, la portée qu'on lui prête. Jhering (*OEuvres*, II, 145) a contesté l'exactitude de notre règle : il n'a prouvé qu'une chose, la nécessité de ne pas l'entendre d'une manière absolue.

(3) Sab., ap. Pap., *loc. cit. : In contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est quoniam hoc minoris homo venisse videatur.*

(4) Pap., *eod.*, XVII, 1, 54 pr. : *Placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam.* Cf. Paul, 16 Quæst., D., XXI, 2, 71, 2 : *paterna affectio;* Ulp., D., XXVII, 3, 1, 2; Cass., ap. Ulp., D., XLIII, 23, 11, 1.

(5) Paul, 19 ad Ed., D., XI, 5, 2, 1 : *Senatusconsultum vetuit in pecuniam ludere præterquam si... quod virtutis causa fiat.*

(6) Exemples : une obligation peut avoir pour objet plusieurs choses conjointement (Ulp., D., XLV, 1, 29 pr.; 86), successivement ou sous une alternative. Un droit réel ne peut porter que sur une chose déterminée : si l'on envisage plusieurs choses, il y aura autant de droits réels que de choses distinctes. — Deux personnes ne peuvent avoir en même temps et pour le tout la propriété d'une même chose. Une même chose peut être l'objet de plusieurs obligations simultanément ou successivement. — Une créance peut avoir pour objet une chose future, incertaine. On ne peut être propriétaire de ce qui n'existe pas.

dique qu'il rend aujourd'hui les mêmes services qu'autrefois et qu'on n'a trouvé rien de mieux pour le remplacer (1).

II. Histoire de la notion d'obligation. — On a expliqué (I, 578) comment les Romains sont arrivés progressivement à la notion abstraite d'obligation si différente de la notion primitive. On a indiqué également les applications qu'elle a eues dans l'ancien droit (I, 331). A la fin de la République, la notion d'obligation a reçu une extension considérable (I, 594) : la jurisprudence, secondée par le Préteur (I, 583), est parvenue à donner une valeur juridique et une sanction judiciaire à un grand nombre d'actes qui jusqu'alors n'avaient guère qu'une valeur morale. Le mouvement s'est continué sous l'Empire ; aussi le contraste est-il grand entre l'aspect du droit nouveau et celui du droit antique. Tandis qu'autrefois on ne rencontrait que des droits portant sur des objets matériels ou des corps vivants, c'est la volonté de l'homme qui désormais devient l'élément principal du droit (I, 702) : le droit se spiritualise. La notion d'obligation ne reste même pas renfermée dans son domaine propre ; elle pénètre partout : dans le droit de la famille (2), dans les droits réels (3), dans la procédure (4), et jusque dans les matières de police (5).

(1) On l'a amélioré à plusieurs égards. Voir t. Ier, p. 732, et la préface de J.-E. Labbé, p. xiv.

(2) Obligation alimentaire réciproque entre ascendants et descendants (p. 84) ; obligations imposées au tuteur vis-à-vis du pupille (p. 157) ; obligation de doter ; obligation de restituer la dot (p. 83, 137, 101).

(3) La formation d'un rapport obligatoire est particulièrement remarquable lorsque le procès porte sur un droit de propriété : le défendeur est tenu d'une obligation de faire, et cette obligation se transforme, le cas échéant, en une obligation de somme d'argent (*pecuniaria condemnatio*). Ce n'est pas seulement le possesseur poursuivi en justice qui se trouve obligé envers le propriétaire : celui qui a cessé par dol de posséder ou qui s'est offert au procès est traité comme s'il était obligé. La notion d'obligation fournit un moyen de suppléer à l'insuffisance du droit de propriété, insuffisance qui se manifeste toutes les fois qu'il s'agit de protéger le propriétaire contre le préjudice qu'il subit de la part d'un tiers. — Dans les droits réels sur la chose d'autrui, le rapport obligatoire apparaît sous la forme d'une *cautio de non amplius turbando* dans les servitudes prédiales, *usufructuaria* dans les servitudes personnelles, ou d'une action contraire comme dans le gage (*si debitor malitiose in pignore versatus est*, Ulp., D., XIII, 7, 9 pr.; cf. Paul, *eod.*, 16, 1), parfois aussi sous la forme d'une redevance à payer par le titulaire, comme dans la superficie ou l'emphytéose. — Plus grands sont les services que l'obligation rend aux copropriétaires : sans elle, ils resteraient enchaînés les uns aux autres sans pouvoir tirer de leur droit ses avantages pratiques. Le copropriétaire devient créancier de son copropriétaire soit en raison des impenses qu'il a faites sur la chose commune, soit en raison du tort qui lui a été personnellement causé (p. 198).

(4) L'organisation d'une instance donne lieu, sous le système de la procédure formulaire, à la formation d'un rapport obligatoire (*judicio contrahere :* Marcel., ap. Ulp., D., XV, 1, 3, 11). Cette obligation peut être l'objet d'une sorte de novation ; elle peut être garantie par une sûreté réelle (*pignus ex causa judicati captum*).

(5) Obligations sanctionnées par les actions *de albo corrupto*, *de effusis*, etc.

III. Objet des obligations. — Dans le langage courant, on entend par objet d'une obligation l'avantage pécuniaire qui doit passer du patrimoine du débiteur dans celui du créancier (1). Cet avantage consiste en une dation, un fait ou une abstention (2) (de là la distinction des obligations de donner et des obligations de faire). Il peut être divisible ou indivisible, consister en un acte isolé ou une série d'actes successifs. Dans tous les cas, il doit être déterminé, possible, conforme à la loi ou aux bonnes mœurs.

1° *Obligations de donner ou de faire.* — L'obligation de donner (*dare*) a pour objet le transfert de la propriété (3) ou la création d'un droit réel (4) sur la chose d'autrui. L'obligation de faire (*facere*) (5) a pour objet tout acte autre que la création d'un droit réel (livrer la possession, exécuter un travail, cautionner un tiers), ou même une simple abstention (*non facere*) (6).

Cette distinction des obligations présente un intérêt pratique : les obligations de donner sont en général divisibles; les obligations de faire, indivisibles.

2° *Obligations divisibles ou indivisibles.* — La question de la divisibilité se pose surtout en cas de pluralité de créanciers ou de débiteurs d'une même obligation : lorsqu'il n'y a en présence qu'un seul créancier et un seul débiteur, l'obligation est traitée sauf convention contraire, comme si elle était indivisible; le créancier ne peut être forcé à accepter un payement partiel. Mais

(1) Dans une terminologie exacte, l'obligation a pour objet un acte de la volonté du débiteur. Ce qu'on appelle improprement l'objet, c'est le contenu de l'acte que doit accomplir le débiteur.

(2) Paul, 12 ad Sab., D., XLV, 1, 2 pr.

(3) Gaius, III, 90, 91; Ulp., 22 ad Ed., D., XLV, 1, 75, 10.

(4) Civil ou prétorien (Paul, D., XLV, 1, 136, 1; Gaius, D., XX, 1, 15 pr.).

(5) Dans un sens large, *facere* est synonyme de *solvere* et s'applique à toute espèce d'obligation (Pap., 27 Quæst., D., L, 16, 218). Dans un sens étroit, on l'oppose à *dare* (Pomp., 26 ad Sab., D., XLV, 1, 5, 1; Paul, 12 ad Sab., *eod.*, 2 pr.) et même à *præstare*. On a de bonne heure fait rentrer toutes les manifestations de l'activité de l'homme dans la formule : *dare facere præstare*. On la trouve dans la loi Rubria (c. 22) et dans les lois caducaires (Paul, 2 ad h. l. D., XXXVIII, 1, 37 pr. Cf. Gaius, IV, 2). Le sens précis du mot *præstare* est discuté. Gaius (III, 155) emploie ce mot pour désigner les services d'un mandataire, Sabinus pour ceux d'un affranchi (ap. Paul, 40 ad Ed., D., XXXVIII, 1, 18; Alf., 7 Dig., *eod.*, 26, 1, dit : *dare operas*), Servius pour les obligations respectives du bailleur et du colon (ap. Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 2, 15, 2), Ulpien (*eod.*, D., XIX, 1, 11, 2) pour les obligations résultant d'un contrat de bonne foi. Ce fut peut-être là sa signification première, alors que la vente, le louage, le mandat donnaient lieu à un *arbitrium honorarium*, le mot *facere* étant réservé pour les obligations découlant d'un contrat de droit strict (Cf. Pomp., D., XIV, 1, 5, 1, et Paul, *eod.*, 2 pr.).

(6) Paul, 34 ad Ed., D., L, 16, 189. Exemples : s'abstenir de tout dol, ne pas pêcher sur le rivage de la mer pour ne pas faire concurrence à un voisin (Paul, 12 ad Sab., D., XLV, 1, 4 pr.; Ulp., 6 Op., D., VIII, 4, 13 pr.).

s'il y a pluralité de créanciers ou de débiteurs, soit dès la formation de l'obligation, soit après coup, parce que le créancier ou le débiteur est mort laissant plusieurs héritiers, il est de principe que la créance ou la dette se divise entre eux de plein droit (1). Il en est autrement lorsque l'obligation est indivisible.

Par exception, l'obligation de donner est indivisible dans deux cas : 1° lorsqu'elle a pour objet une chose déterminée seulement dans son genre, comme un cheval (p. 326, 6). On ne concevrait pas que chacun des codébiteurs livrât une quote-part d'un objet différent; 2° lorsqu'elle a pour objet une chose indivisible de sa nature, comme une servitude prédiale (2)

L'indivisibilité de l'obligation de faire souffre également quelques exceptions. Si elle s'applique aux obligations qui ont pour objet soit la confection d'un *opus* comme la construction d'une maison (3), l'abstention de tout empêchement à l'exercice d'une servitude (4), soit la tradition d'une *vacua possessio* (5), elle est écartée pour celles qui ont pour objet la tradition de quantités (6) ou l'exécution d'un travail *in pedes mensurasve* (7).

L'indivisibilité produit deux effets : *a*) Chacun des créanciers peut poursuivre le débiteur pour le tout, mais le débiteur peut exiger une satisdation qui le mette à l'abri d'une nouvelle poursuite (8). A défaut d'exécution, chacun des créanciers n'obtient condamnation que pour sa part (9). *b*) Le créancier peut demander à chacun des codébiteurs la totalité de la dette, comme s'il y avait solidarité (10).

(1) Pap., 11 Resp., D., XLV, 2, 11, 1 et 2; Gord., C., III, 36, 6. T. Ier, 698, 2.

(2) Paul, D., XLV, 1, 2, 1. Pour la garantie contre l'éviction, p. 46, 3.

(3) Paul, *eod.*, 85, 2 : *Quia operis effectus in partes scindi non potest.*

(4) Jul., Pomp., ap. Paul, 12 ad Sab., *eod.*, 2, 5.

(5) Marcel., ap. Ulp., 1 ad Ed. æd., D., XXI, 1, 31, 8; Ulp., D., XLV, 1, 72 pr. On a objecté que la stipulation *fundum tradi* a pour objet une dation et par suite devrait être divisible. Mais *tradere* et *dare* ne sont pas toujours identiques. Cf. sur cette question très controversée Savigny, *Das Obligationenrecht*, trad., I, 370; Danielopulo, *Des oblig. indiv.*, p. 114; Maynz, II, 117; Ubbelohde, *Die Lehre von den untheilbaren Obligationen*, 1862, p. 40; Brinz, II, 66, 7.

(6) Soit directement (Ulp., 30 ad Ed., D., XVI, 3, 1, 36), soit indirectement, comme les stipulations qui tendent à indemniser le créancier en cas d'inexécution (Paul, 73 ad Ed., D., XLVI, 5, 2, 2).

(7) Alf., 3 Dig., D., XIX, 2, 30, 3; Flor., 7 Inst., *eod.*, 36.

(8) Ulp., *loc. cit.* Gaius (9 ad Ed. pr., *eod.*, 14 pr.) exige la présence des héritiers qui ont les plus fortes parts. Pomp. (6 ad Q. Muc., D., XLVI, 3, 81, 1) parle d'une sommation adressée par une partie des héritiers : c'est sans doute un vestige d'une doctrine antérieure qui exigeait une poursuite exercée sinon par tous les créanciers, du moins par ceux qui avaient le plus d'intérêt.

(9) Paul, 23 ad Ed., D., X, 2, 25, 9.

(10) Peut-il obtenir condamnation pour le tout? La question fut discutée : les uns admirent l'affirmative, tout en disant qu'il était de l'office du juge d'assurer à

3° *Obligations possibles, impossibles.* — L'objet de l'obligation doit être possible, sinon l'obligation est nulle (1). L'objet est impossible lorsqu'il y a un obstacle naturel ou juridique à la prestation. L'obstacle est naturel, si l'obligation a pour objet une chose qui n'existe plus ou qui ne peut exister (2) ; juridique, si l'objet est une chose hors du commerce. Dans ce dernier cas, l'obligation reste nulle même si elle a été subordonnée à la condition que la chose cesserait d'être hors du commerce (3) ; mais le Préteur venait parfois au secours de l'acheteur de bonne foi en lui accordant une action *in factum* (4).

Si l'impossibilité d'exécuter n'est que relative et tient à la situation particulière du créancier, l'obligation est nulle : tel est le cas où il a stipulé sa propre chose (5), ou une chose que la loi lui défend d'acquérir (6). Il n'en est pas de même si l'impossibilité tient à la situation du débiteur ; il n'a qu'à s'en prendre à lui-même s'il a eu l'imprudence de contracter un engagement qu'il ne peut tenir (7).

4° *Obligations illicites ou immorales.* — L'objet de l'obligation ne doit être contraire ni à la loi ni aux bonnes mœurs (8). Bien que les faits illicites ou immoraux puissent être réalisés, on les traite comme les faits juridiquement impossibles (9).

5° *Obligations déterminées, indéterminées.* — L'objet est déterminé lorsqu'il est individualisé : l'esclave Stichus. Il est indéterminé dans le cas contraire, quand je stipule quelque chose ; ou lorsque la détermination n'est qu'apparente : j'ai stipulé du blé. Dans le premier cas, l'obligation est nulle ; dans le second

celui qui payait un recours contre ses cohéritiers ; les autres décidèrent que la condamnation devrait être divisée (Tub., Cels., ap. Ulp., 20 ad Ed., D., XLV, 1, 72 pr.). Cette opinion prévient bien des difficultés.

(1) Cels., 8 Dig., D., L, 17, 185.

(2) Gaius, III, 97 ; Cels., 26 Dig., D., XLV, 1, 97 pr.

(3) Venul., *eod.*, 137, 6 ; Paul, *eod.*, 83, 5 et 8 ; D., XVIII, 1, 34, 2.

(4) Ulp., 25 ad Ed., D., XI, 7, 8, 1. Les Sabiniens allèrent plus loin : ils donnèrent l'action *empti* en disant qu'il y avait vente (Pomp., 9 ad Sab., Paul, 5 ad Sab., D., XVIII, 1, 4-5). La raison était sans valeur, comme le montrèrent les Proculiens (Cels., ap. Pomp., *eod.*, 6 pr.). La solution fut cependant admise en pratique : l'action *empti* fit fonction d'action en dommages-intérêts (Mod., 62, 1).

(5) Gaius, III, 99 ; IV, 4. Mais il peut en stipuler la valeur ou la restitution si elle est aux mains d'un tiers (Ulp., D., XLV, 1, 82) ; il peut aussi la stipuler pour le cas où elle cesserait de lui appartenir (Pomp., *eod.*, 31 ; Marcel., 98 pr.).

(6) Le tuteur ne peut acheter un bien du pupille (Paul, 33 ad Ed., D., XVIII, 1, 34, 7). Un fonctionnaire provincial ne peut acheter un fonds de terre dans sa province (Mod., 5 Reg., *eod.*, 62 pr.).

(7) Ulp., 48 ad Sab., D., XLV, 1, 34 ; Venul., *eod.*, 137, 4.

(8) Ulp., 42 ad Sab., *eod.*, 26 ; Diocl., C., VIII, 38, 4.

(9) Pap., 15 Quæst., D., XXVIII, 7, 15 : *Nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.*

cas, elle est tout au moins imparfaite : le juge devra rechercher si, d'après l'intention des parties, on peut suppléer ce qui manque (1).

Le plus souvent, les parties laissent l'objet de l'obligation dans l'indétermination à un point de vue seulement et s'en remettent à l'une d'elles du soin de compléter ce qui manque : c'est ce qui a lieu dans l'obligation alternative, l'obligation de genre, l'obligation de quantités.

a) L'*obligation alternative* a pour objet deux ou plusieurs prestations, mais elle doit s'éteindre par l'accomplissement de l'une d'elles au choix de l'une des parties. L'obligation alternative a un double caractère : elle est composée et indéterminée. Elle est composée puisqu'elle a plusieurs objets; elle est indéterminée, mais seulement quant au choix entre les prestations (2). Le choix se fixera par la volonté du créancier ou du débiteur, et ordinairement le jour où l'obligation devra être exécutée. Le choix appartient, sauf convention contraire (3), au débiteur (4).

b) Dans l'*obligation de genre*, l'objet dû reste indéterminé jusqu'à l'exécution (p. 183). En principe, le choix est au débiteur (5) qui peut livrer une chose quelconque du genre convenu (6), pourvu que cette chose ne soit pas atteinte d'un vice (7). En cela l'obligation de genre ressemble à l'obligation alternative; elle en diffère en ce que le choix s'exerce entre toutes les choses comprises dans le genre et non entre deux ou

(1) Pap., 2 Quæst., D., XLV, 1, 115 pr.; Marcel., 3 Dig., *eod.*, 94. En pratique, on a soin de fixer la quantité, parfois même la qualité (Gaius, D., XLV, 1, 74).

(2) Paul, 10 Quæst., *eod.*, 128. Ulp., 27 ad Ed., D., XIII, 4, 2, 3.

(3) Pomp., 15 ad Q. Muc., *h. t.*, 112 pr.; Gaius, de V. O. *h. t.*, 141, 1.

(4) Paul, 33 ad Ed., D., XVIII, 1, 34, 6; Venul., 4 stip., *h. t.*, 138, 1. On rapproche souvent de l'obligation alternative une obligation que les auteurs modernes appellent improprement *obligation facultative*. Cette obligation est simple; elle n'a qu'un seul objet, mais le débiteur a la faculté d'en donner un autre en payement (Ulp., 66 ad Ed., D., XLII, 16, 1). A parler exactement, c'est la dation en payement et non l'obligation qui est facultative, car une obligation impose toujours au débiteur une nécessité. De là deux différences entre l'obligation facultative et l'obligation alternative : 1° le créancier ne peut exiger que la chose qui forme l'objet direct de l'obligation facultative; si elle périt par cas fortuit, le débiteur est libéré. L'obligation alternative ne s'éteint que si toutes les choses dues ont péri par cas fortuit. 2° L'obligation facultative est nulle si la chose promise appartient déjà au créancier. L'obligation alternative reste valable si une seule des choses promises appartient au stipulant au moment du contrat.

(5) Marcel., 6 Dig., D., XVIII, 1, 60.

(6) Jav., 1 Ep., D., XVII, 1, 52 : *pessimum triticum*; Marcel., 20 Dig., D., XLVI, 3, 72, 5 : *Vispellionem vel alias turpem hominem*. En matière de legs, le choix est au légataire qui peut choisir une chose de valeur moyenne (Cass., ap. Ulp., 21 ad Sab., D., XXX, 37 pr. : *ne optimus vel pessimus accipiatur*).

(7) Par exemple, un esclave *nondum noxa solutus* (Marcel., *l. c.*), un *statuliber* (Afr., 7 Quæst., D., XLVI, 3, 38, 3).

plusieurs objets désignés. Il en résulte que : 1° l'obligation alternative est nulle lorsque les choses dues appartiennent au stipulant au moment du contrat : on ne peut stipuler sa propre chose (1). L'obligation de genre est valable alors même que le stipulant aurait été, lors du contrat, propriétaire de la chose que le débiteur lui offre en payement après l'avoir acquise dans l'intervalle (2). 2° L'obligation alternative s'éteint lorsque les choses dues périssent par cas fortuit. Il n'en est pas de même de l'obligation de genre, car jusqu'au payement il n'y a rien *in obligatione* (3).

c) Dans l'*obligation de quantités,* comme dans l'obligation de genre, l'objet reste indéterminé jusqu'à l'exécution (4). Mais comme toutes les quantités de la même espèce sont réputées avoir une valeur uniforme (p. 182), le choix fait par le débiteur est indifférent au créancier (5). De plus, le choix n'est pas indivisible : on n'applique pas la règle qui oblige le débiteur à livrer une chose entière du genre convenu (6).

IV. Sujets de l'obligation. — L'obligation, étant un rapport entre deux personnes, a deux sujets : un sujet actif, le créancier; un sujet passif, le débiteur. Rien ne s'oppose à ce que le rapport obligatoire se forme entre un plus grand nombre de personnes, du côté actif ou du côté passif, ou des deux côtés à la fois. Nous avons à déterminer les effets de cette pluralité de sujets actifs ou passifs de l'obligation. Nous examinerons ensuite les conséquences déduites par la jurisprudence de ce que l'obligation est un rapport entre deux personnes : 1° nullité des stipulations et promesses pour autrui; 2° exclusion de la représentation (7). Nous rechercherons enfin les dérogations admises, quant aux obligations contractées par une personne en puissance ou par un mandataire, et quant aux délits commis par une personne en puissance ou par un tiers.

(1) Ulp., 78 ad Ed., *h. t.*, 82 pr.

(2) Serv., ap. Marcel., 13 Dig., D., XLVI, 3, 67; Marcel., 20 Dig., *eod.*, 72, 4. Voir cep., en matière de legs, Pap., 17 Quæst., D., XXXI, 66, 3.

(3) Sur les questions auxquelles donne lieu la perte de la chose due dans l'obligation alternative, voir J.-E. Labbé, *Étude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, 1870, p. 49; Riccobono, *Bull. di d. R.*, IX, 217.

(4) On n'a pas à redouter ici, comme dans l'obligation de genre, la nullité résultant du défaut d'intérêt pécuniaire : je ne puis valablement stipuler *du blé*, parce que le débiteur pourrait se libérer en me livrant un grain de blé ; mais je puis très bien stipuler une mesure de blé.

(5) Pour les dettes d'argent, le créancier n'est pas tenu de recevoir des pièces de monnaie qui n'ont pas cours dans la région (Paul., 4 Resp., D., XLVI, 3, 99).

(6) P. 323.

(7) Une autre conséquence sera indiquée au chapitre xiii : l'incessibilité des créances.

§ 1[er]. *Pluralité de sujets.* — Il y a pluralité de sujets actifs ou passifs dans les obligations conjointes, solidaires, *in solidum.*

a) Obligations conjointes. — En règle générale, lorsqu'il y a pluralité de créanciers ou de débiteurs, chaque créancier a droit à une part de la créance, chaque débiteur est tenu d'une part de la dette (1). Il y a autant d'obligations distinctes que de créanciers ou de débiteurs. En la forme, les créanciers ou les codébiteurs sont conjoints ; au fond, ils sont indépendants. Il en est autrement dans l'obligation solidaire et dans l'obligation *in solidum.*

b) Obligations solidaires. — L'obligation solidaire, qu'on appelle aussi *corréale* (2), est une obligation à sujets multiples qui existe au profit de plusieurs créanciers (solidarité active) ou à la charge de plusieurs débiteurs (solidarité passive). Dans le premier cas, chacun des créanciers a le droit d'agir pour le tout, mais le payement fait à l'un est libératoire à l'égard des autres (3) ; dans le second cas, chacun des débiteurs est tenu pour le tout, mais le payement fait par l'un libère les autres (4).

Cette particularité de l'obligation solidaire donne lieu à une grave difficulté : le rapport de droit est-il un ou multiple? Il semble que les créances ou les dettes qui en résultent ne forment qu'une seule et même obligation, car elle s'éteint non seulement par le payement, mais aussi par la poursuite en justice. Mais l'unité de l'obligation solidaire est difficile à soutenir (5) : les codébiteurs peuvent être obligés sous des modalités différentes; l'obligation peut exister à l'égard de l'un, être en suspens à l'égard de l'autre; l'un peut être tenu d'une obligation civile, l'autre d'une obligation naturelle (6). L'obligation solidaire est donc multiple quant aux sujets (7). — Cette conception ne serait

(1) Pap., 11 Resp., D., XLV, 2, 11, 1-2.

(2) Voir la critique de cette expression dans Gérardin, *Nouv. Rev. hist.* 1885.

(3) Jav., 3 ex Plaut., *h. t.*, 2. Venuleius pose en principe (3 stip., XLVI, 2, 31, 1) que chacun des créanciers a autant de droit que s'il était seul, sauf qu'il peut être privé de son droit par son cocréancier. Labéon faisait une réserve pour la novation (ap. Paul, D., II, 14, 27 pr.) : son opinion n'a pas prévalu. Mais le pacte de remise consenti par l'un des créanciers n'est pas opposable aux autres.

(4) Ulp., 47 ad Sab., *h. t.*, 3, 1. Il en est de même de l'acceptilation, de la novation (Venul., *loc. cit.*), de la *litiscontestatio* (Ulp., 46 ad Sab., D., XLVI, 1, 5), du serment nécessaire (Paul, 18 ad Ed., D., XII, 2, 28, 3).

(5) D'après Windscheid (II, 293), lorsque la solidarité a été établie par stipulation, l'unité d'acte est certaine. Cette affirmation est contredite par les textes : si l'une des personnes interrogées par le créancier répond de suite, et l'autre le lendemain, la première sera seule obligée (Proc., ap. Venul., *h. t.*, 12 pr.). Si un pupille s'oblige solidairement envers deux créanciers, il doit obtenir deux fois l'*auctoritas* (Ulp., 40 ad Sab., D., XXVI, 8, 7, 1).

(6) Flor., 8 Inst., *h. t.*, 7; Pap., *h. t.*, 9, 2; Jul., ap. Venul., *h. t.*, 12, 1.

(7) Pap., *eod. : Etsi maxime parem causam suscipiunt, nihilominus in cujusque*

pas suffisante pour expliquer comment la poursuite dirigée contre l'un des codébiteurs éteint la dette à l'égard des autres : l'effet extinctif de la *litiscontestatio* ne peut être opposé par ceux qui n'ont pas été partie au procès ; le codébiteur poursuivi devrait être non recevable à invoquer la *litiscontestatio* engagée avec son codébiteur. S'il en est autrement, c'est que les obligations qui ont pris naissance (1) sont unies entre elles par un lien, celui de l'unité de prestation : *una res vertitur* (2). C'est en ce sens que l'obligation est la même pour tous les débiteurs (3), que les créanciers sont *unius loco* (4).

La solidarité fait courir aux créanciers ou aux débiteurs un risque qui semble lui enlever toute utilité : si le débiteur paye l'un des créanciers, les autres perdent leur droit ; si le créancier s'adresse à l'un des débiteurs, celui-ci supporte seul le poids de la dette. Mais si la solidarité n'implique pas l'idée d'un recours entre créanciers ou débiteurs, elle ne l'exclut pas ; elle devait être surtout usitée lorsqu'il existait entre les parties une communauté d'intérêts, résultant d'une société ou d'un mandat (5). Les textes distinguent les *correi socii* et les *non socii* (6). En cas de

persona propria singulorum consistit obligatio. Le créancier peut recevoir un fidéjusseur pour un seul des débiteurs (Jul., ap. Afr., 7 Quæst., D., XLVI, 1, 21, 4). L'un des codébiteurs peut être libéré, lorsque son codébiteur reste tenu (en cas de *capitis deminutio* : Pomp., 37 ad Q. Muc., *h. t.*, 19 ; de mise en demeure : Marc., 4 Reg., D., XXII, 1, 32, 4). Par exception, si la chose périt par le fait de l'un des codébiteurs, l'autre n'est pas libéré (Pomp., 5 ex Plaut., *h. t.*, 18). Cette exception, difficile à justifier rationnellement, s'explique sans doute par des raisons d'utilité pratique propres aux Romains. Cf. Labbé, *op. cit.*, 32 ; Dernburg, II, 73, 5.

(1) Ulp., 46 ad Sab., D., XLVI, 1, 5 : *Si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi duas species obligationis sustinebit. Plane si ex altera earum egerit utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum quas haberet, ea esset, ut cum altera earum in judicium deduceretur altera consumeretur.*

(2) Inst., III, 16 pr. ; Paul, 62 ad Ed., D., II, 14, 9 pr. : *Unum debitum ;* 3 Quæst., D., XII, 6, 21 : *Eadem pecunia.* Il n'y a pas identité de prestation dans Jul., *h. t.*, 15 ; Pap., *h. t.*, 9, 1 : *Impar suscepta est obligatio.*

(3) Pap., D., XLV, 1, 116 ; Ulp., D., XLVI, 4, 16 ; Paul, D., XLVI, 8, 14 : *Ejusdem obligationis reus, particeps, socius.*

(4) Paul, D., II, 14, 9 pr. Ulpien dit des magistrats municipaux : *Cum unum magistratum administrant, etiam unius hominis vicem sustinent.*

(5) La solidarité active fournit aux créanciers un moyen d'exercer plus facilement leurs droits : si l'un s'absente, l'autre pourra agir pour le tout sans que le premier ait à constituer un mandataire. La solidarité passive procure aux codébiteurs l'avantage d'augmenter leur crédit personnel : le créancier, qui hésiterait à traiter avec l'un d'eux isolément, contractera plus volontiers si chacun s'engage à payer le tout ; il aura plus de chances d'éviter une perte. La solidarité passive est souvent imposée par le créancier à ceux qui veulent garantir la dette d'autrui (cf. Cod. civ., 1216) : c'est un moyen d'écarter l'application des lois restrictives du cautionnement (1, 703 ; 705), spécialement celles qui accordent le bénéfice de division. Autre exemple en cas d'indivision, Jul., ap. Afr., D., XVI, 1, 17, 2. — Pour l'utilité de la solidarité dans l'ancien droit, t. Ier, p. 696-697.

(6) Intérêt : 1° quant à l'application de la Falcidie : Jul., ap. Ulp., 1 ad l. Jul.

société, le créancier qui a reçu le payement doit partager avec ses cocréanciers; le débiteur qui a payé a un recours contre ses codébiteurs (1). A défaut d'intérêt commun ou de mandat (2), il ne paraît pas que les créanciers aient eu aucun recours; mais le codébiteur avait le bénéfice de cession d'actions qui lui permettait de réclamer à ses codébiteurs leur part dans la dette (3).

La solidarité résulte toujours de la volonté de l'homme : elle est le plus souvent conventionnelle; elle peut être imposée par testament. Anciennement, on ne pouvait la faire naître que par une stipulation faite dans une forme particulière (4) : le créancier interrogeait successivement les deux promettants, ou bien chaque créancier interrogeait le promettant. Dans tous les cas, la réponse ne devait être faite qu'après la double interrogation, sinon il n'y avait qu'une obligation conjointe (5). Sous l'Empire, la solidarité peut aussi résulter d'une clause insérée dans un contrat quelconque (6) ou dans un testament (7).

c) *Obligations* in solidum. — Il y a certains cas où plusieurs personnes sont tenues pour le tout d'une même dette contre leur volonté (8) : tels sont les coauteurs d'un délit (vol, violence,

et Pap., D., XXXV, 2, 62 pr.; 2° pour le pacte de remise *in rem :* fait à l'un des codébiteurs, il peut être invoqué par l'autre pour le tout, s'il y a société; sinon, pour aucune part (Paul, D., II, 14, 21, 5; 25 pr.); 3° en cas de confusion : on ne peut l'invoquer que s'il y a société et seulement dans la mesure où l'on a un recours contre son codébiteur (Paul, 4 Quæst., D., XLVI, 1, 71 pr. Cf. Labbé, *op. cit.*, 183); 4° en cas de compensation (Pap., *h. t.*, 10); 5° de compromis (Paul, D., IV, 8, 34 pr.); 6° de legs de libération (Jul., ap. Ulp., D., XXXIV, 3, 3, 3).

(1) Ces recours s'exercent, suivant les cas, par l'action *pro socio, communi dividundo, mandati.*

(2) La solidarité active sans communauté d'intérêts ne se conçoit guère qu'au profit de légataires ou de donataires; les exemples qu'on a proposés de stipulations faites à titre onéreux ne sont pas pratiques. Il en est de même pour la solidarité passive. Cf. Labbé sur Ortolan, III, 828-831.

(3) Pap., 8 Quæst., D., XXI, 2, 65; Diocl., C., VIII, 40, 2. Cf. Marcel., D., XIX, 2, 47. La question est controversée : cf. Labbé, III, 834. La concession du bénéfice de cession d'actions ne rend pas inutile la distinction des *correi socii* et *non socii :* 1° le recours fondé sur un contrat est assuré; le bénéfice de cession d'actions ne l'est pas; 2° si le créancier a perdu ses actions même par son fait, le débiteur sera privé du bénéfice; 3° le créancier, qui cède ses actions, peut exiger le payement intégral; 4° le bénéfice de cession doit être invoqué avant la *litiscontestatio.*

(4) Ainsi s'explique la dénomination des créanciers ou débiteurs solidaires : *duo rei* ou *correi stipulandi, promittendi* (rubrique des titres au Digeste et au Code. Ulp., D., XXXIV, 3, 3, 3).

(5) Inst., III, 16 pr.

(6) Pap., 27 Quæst., *h. t.*, 9 pr. : *Fiunt duo rei promittendi non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus* (voir pour l'*expensilatio*, t. I, p. 586, 7; Paul, D., II, 14, 9 pr.; IV, 8, 34 pr.; pour le *mutuum*, Diocl., C., IV, 2, 5; 9 et 12). L'observation de Papinien prouve que cette faculté n'était pas depuis longtemps admise : la question semble avoir été encore douteuse au milieu du IIe siècle (Marcel., *loc. cit.*). Cf. Mitteis, *Die Individualisirung der Obligation*, 1886, p. 59.

(7) Cels., 16 Dig., D., XXXI, 16.

(8) D'après Jhering (*Jahrb.*, XXIV, 149), l'obligation *in solidum* existerait acti-

dol) qui sont obligés *in solidum* à réparer le préjudice qu'ils ont causé (1); les cotuteurs (2), les comandataires (3), etc., qui ont commis une faute dans la gestion de la tutelle ou dans l'exercice du mandat. Ces obligations ressemblent aux obligations solidaires, en ce que le payement fait par l'un des codébiteurs libère les autres; elles en diffèrent en ce que la poursuite dirigée contre l'un d'eux ne libère pas les autres : l'obligation *in solidum* ne s'éteint pas avant que le créancier ait obtenu satisfaction (4).

Cette solution n'était pas seulement la plus équitable, elle était aussi la meilleure en théorie. Dans l'obligation *in solidum*, les codébiteurs sont tenus de prestations différentes, car ces prestations ont pour cause une faute qui leur est personnelle et dont la gravité varie suivant les individus. Mais toutes ces prestations tendent au même but, la réparation du préjudice; tant que ce

vement dans quelques cas, par exemple lorsqu'un père lègue à sa fille la dot promise à son mari (Jul., 33 Dig., D., XXX, 84, 6; Ulp., 36 ad Sab., D., XXIII, 3, 29). Cf. Pellat, *Dot*, 134.

(1) Diocl., C., IV, 8, 1; Ulp., D., IV, 2, 14, 15; Paul, *eod.*, 15; Ulp., 11 ad Ed., D., IV, 3, 17 pr.

(2) Jul., 21 Dig., D., XXVI, 7, 18, 1. Cf. Alex., C., V, 55, 2.

(3) Scæv., 1 Resp., D., XVII, 1, 60, 2. Dépôt : Ulp., 30 ad Ed., D., XVI, 3, 1, 43. La question était encore discutée, au début du IIe siècle, pour le commodat et le louage (Cels., ap. Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 6, 5, 15).

(4) Ulp., D., XVI, 3, 1, 43 : *Non enim electione sed solutione liberantur.* On a cherché de diverses manières à expliquer cette différence Ceux qui affirment l'unité de l'obligation solidaire déclarent qu'il y a ici pluralité d'obligations; d'autres ont cru y trouver une règle de la solidarité conventionnelle spéciale aux contrats de bonne foi (Demangeat, *Des obligations solidaires*, 1859, dont l'opinion a été admise avec quelques réserves par Hauriou, *Nouv. Rev. hist.*, 1882, p. 219; Accarias, II, 162. Cette opinion ne peut se concilier ni avec le texte de Papinien (p. 329, 6) qui vise les contrats de bonne foi, ni avec celui de Dioclétien (note 1) qui applique la même règle aux codébiteurs tenus de la *condictio furtiva*). D'autres enfin suppriment la difficulté en considérant comme interpolés les textes qui écartent l'effet extinctif de la *litiscontestatio;* il serait dès lors inutile de distinguer les obligations solidaires et les obligations *in solidum*. Cette opinion, présentée par Ascoli (*Studi e doc. di storia e diritto*, 1890, XI; *Bull. d. Istit. di d. R.*, IV, 287) et par Eisele (*Arch. f. civ. Pr.*, LXXVII, 374), est suivie par Ferrini (*Manuale di Pandette*, 1901, p. 556; 558, 3). Nous ne partageons pas cette manière de voir : d'abord, il n'est pas prouvé que tous les textes aient été altérés (cf. Eisele, p. 458), puis entre ces deux sortes d'obligations il y a, à notre avis, autre chose qu'une différence de procédure (cf. Labbé sur Ortolan, III, 820, 824). L'obligation au tout a, dans un cas, pour cause l'identité de prestation; dans l'autre, la responsabité collective motivée par une faute commise en commun. Rigoureusement, chacun des codélinquants est aussi coupable que s'il avait seul commis la faute; on pourrait exiger de chacun séparément la réparation de la faute commise, mais cette conséquence, admise pour certaines actions pénales, a été écartée pour l'action en indemnité, par une raison d'équité. Sabiniens et Proculiens furent d'accord pour refuser à la victime le droit d'exiger deux fois la réparation du préjudice : ils se divisèrent sur le moyen à employer : tandis que Labéon applique ici l'effet extinctif de la *litiscontestatio* (ap. Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 24, 15, 2. Cf. Dernburg, II, 72, 6), Sabinus fit prévaloir la règle d'après laquelle la satisfaction seule, fournie par l'un des coobligés, libère les autres (ap. Paul, 12 ad Ed., D., XXVII, 6, 8; ap. Ulp., 69 ad Ed., D., XLIII, 16, 1, 13).

but ne sera pas atteint, l'obligation subsistera. De là, des différences entre les effets de l'obligation *in solidum* et ceux de l'obligation solidaire : *a*) Pour éteindre l'obligation solidaire, il suffit d'un acte qui supprime la prestation que la volonté des parties ou du testateur a rendue identique. L'obligation *in solidum* ne s'éteint que par les actes qui impliquent une satisfaction donnée au créancier : payement, dation en payement, offres réelles suivies de consignation, compensation, délégation (1). Il n'en est pas de même du pacte de remise qui n'a en général qu'un effet personnel. *b*) Le droit d'agir pour le tout peut être écarté, dans l'obligation *in solidum*, par l'effet du bénéfice de division : ce bénéfice est réservé aux débiteurs tenus d'une action de bonne foi et qui n'ont commis aucun dol (2). Le débiteur *in solidum* peut aussi, lorsqu'il paye toute la dette et qu'il est exempt de dol, invoquer le bénéfice de cession d'actions (3).

§ 2. *Exclusion des tiers.* — L'obligation étant un rapport individuel entre deux ou plusieurs personnes, on ne peut, même pour partie, en étendre le bénéfice ou la charge à un tiers. De là les deux règles : on ne peut stipuler pour autrui; on ne peut promettre le fait d'autrui (4).

a) La *stipulation pour autrui* est nulle : ni le tiers, ni même le stipulant ne peuvent s'en prévaloir contre le promettant. Le tiers ne peut invoquer un rapport de droit auquel il est étranger (5); quant au stipulant, il ne peut, en général, se plaindre de l'inexécution de la promesse faute d'intérêt pécuniaire (6). Cette règle n'est pas particulière à la stipulation; dans tous les contrats, le créancier doit en principe justifier d'un intérêt pécuniaire pour être admis à agir en justice (p. 320).

La stipulation pour autrui est valable lorsque le stipulant a intérêt à l'exécution de l'obligation, par exemple si la stipulation

(1) Il y a doute pour la novation. D'après Inst. (II, 1, 41), l'*expromissio* est un mode de satisfaction. D'après Ulpien (D., XXVII, 3, 15), la transaction faite avec l'un des cotuteurs ne profite pas à l'autre ; or la transaction se réalise par une stipulation novatoire : on en conclut que la novation a un effet personnel. Cf. Gérardin, *loc. cit.*, 402.

(2) Ulp., 36 ad Ed., D., XXVII, 3, 1, 11-12; Marcel., 5 Dig., D., XVI, 3, 22.

(3) A défaut de cession, un rescrit d'Antonin le Pieux permet au tuteur d'exercer une action utile contre son cotuteur (ap. Ulp., *loc. cit.*, 1, 13-14).

(4) Inst., III, 19, 3-4 et 19. Q. Muc., D., L, 17, 73, 4 : *Nec paciscendo, nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest.* Sur la valeur de cette règle en droit moderne, cf. Saleilles, *Théorie générale de l'obligation*, 260.

(5) Paul, 12 ad Sab., D., XLIV, 7, 11 : *Quæcumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum efficiunt; et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus;* Diocl., IV, 50, 6, 3; V, 12, 26.

(6) Ulp., 49 ad Sab., D., XLV, 1, 38, 17 : *Ut alii detur, nihil interes[t me]a.*

doit le garantir contre un recours du tiers en faveur duquel elle a été faite (1). Le moyen le plus sûr de faire apparaître l'intérêt du stipulant, c'est de joindre à la stipulation pour autrui une stipulation de peine.

On ne peut pas stipuler pour soi et pour un tiers, alors même que ce tiers serait l'un des héritiers du stipulant. Mais ici la stipulation ne sera nulle qu'au regard du tiers; elle reste valable à l'égard du stipulant, pour partie suivant les Proculiens, pour le tout d'après les Sabiniens (2).

On peut stipuler pour soi ou pour un tiers. C'est une atténuation à la rigueur de la règle : on la justifie en disant que le tiers n'acquiert aucun droit par l'effet de cette stipulation; il ne peut la faire valoir en justice (3). Il joue le rôle d'un mandataire chargé éventuellement de recevoir le payement (*adjectus solutionis gratia*) (4). Il peut être dispensé de rendre compte, lorsqu'on l'a désigné *animo donandi* (5). Dans tous les cas, son mandat est irrévocable; il ne dépend pas du stipulant d'enlever au promettant la facilité de se libérer entre les mains de l'*adjectus* (6). La mort seule du mandataire peut la lui faire perdre (7).

Par une faveur spéciale, on admet la validité de la stipulation pour autrui lorsqu'elle est la condition d'une donation faite au promettant : le tiers peut ici exercer une action utile (8). Le droit classique ne paraît pas avoir été plus loin. Quelques textes permettent, il est vrai, de stipuler au profit d'un tiers la restitution d'une dot, d'un dépôt, d'un commodat (9); mais l'interpo-

(1) Recours d'un pupille, d'un colon : Marcel., ap. Ulp., 42 ad Sab., *eod.*, 38, 20 : *posse defendi stipulationem valere;* Alex., C., IV, 65, 9. Recours d'un débiteur qui a constitué un gage et permis au créancier de le vendre : Jul., ap. Ulp., 38 ad Ed., D., XIII, 7, 13 pr.

(2) Gaius, III, 103; Jav., 2 Ep., D., XVIII, 1, 64. Pour les stipulations ou promesses *post mortem*, t. I[er], 695. Marcellus a fait admettre la validité du mandat *ut post mortem sibi monumentum fieret*, parce que le mandataire peut, du vivant du mandant, agir contre lui pour obtenir les fonds nécessaires à l'exécution du mandat (Ulp., D., XVII, 1, 12, 17). Gaius admet aussi la validité du mandat par lequel je charge un ami d'acheter après ma mort un fonds à mes héritiers; mais il n'est pas certain que ce texte (*eod.*, 13) n'ait pas été interpolé.

(3) Paul, 4 ad Sab., D., XLVI, 3, 10.

(4) Jul., 52 Dig., *h. t.*, 56, 2 : *non adquirendæ obligationis gratia, sed solutionis causa;* Gaius, 2 de v. o., *h. t.*, 141, 3; Pap., 8 Quæst., D., XLVI, 3, 95, 5.

(5) Scæv., 13 Quæst., *h. t.*, 131, 1.

(6) Gaius, D., XLVI, 3, 106; Ulp., 30 ad Sab., *eod.*, 12, 3.

(7) Pomp., 6 ad Q. Muc., *eod.*, 81 pr.; Jul., 36 Dig., *h. t.*, 55. Le jurisconsulte cité par Africain (7 Quæst., D., XLVI, 3, 38 pr.) y joint la *capitis deminutio*, en invoquant une convention tacite. Cette opinion est écartée par Papinien (*eod.*, 95, 6) et même par Julien (*h. t.*, 56, 2) si le texte n'a pas été interpolé.

(8) Diocl., C., VIII, 54, 3 : *Benigna juris interpretatione divi principes ei qui stipulatus non sit, utilem actionem juxta donatoris voluntatem admiserunt.*

(9) Voir pour Diocl., C., V, 14, 7, les Basiliques, éd. Heimbach, III, 483. Dans

lation, certaine pour les uns, est vraisemblable pour les autres.

b) La promesse du fait d'autrui est nulle. Le stipulant ne peut demander au tiers l'exécution d'un engagement qu'il n'a pas contracté ; il ne peut pas davantage demander au promettant l'exécution d'un fait qu'il n'est pas en son pouvoir d'accomplir (1). Sous ce dernier rapport, la nullité n'avait d'autre cause que l'interprétation stricte des termes de la stipulation. On l'écartait dans la pratique en employant une formule appropriée, ou en promettant une peine pour le cas où le tiers ne ferait pas ce qui était convenu (2). Cette précaution était inutile dans les contrats de bonne foi où il est de principe qu'on doit rechercher l'intention des parties, où l'on n'admettait pas facilement que le promettant n'eût pas eu l'intention de s'obliger sérieusement. On finit par appliquer la même règle, sinon à toutes les stipulations, du moins à celles qui se concluaient en justice lorsqu'on plaidait pour autrui : ce fut la conséquence logique de la faculté reconnue aux plaideurs de se faire représenter en justice. Le représentant devait nécessairement promettre le fait d'autrui : *ratam rem dominum habiturum, amplius non peti*. On interpréta de même la promesse *aliquem sisti* par laquelle on garantissait la comparution du défendeur au jour fixé par le magistrat (3).

En présence de cette réaction de la jurisprudence contre la vieille règle qui annule la promesse du fait d'autrui, on s'étonne de la trouver reproduite dans le Code civil (art. 1119). C'est un vestige d'une conception depuis longtemps abandonnée.

§ 3. *Exclusion de la représentation*. — En droit moderne, la représentation fait considérer comme présente à un acte juridique une personne qui, en réalité, y est restée étrangère. Il suffit que l'acte ait été conclu en son nom et dans son intérêt. Le représenté devient le sujet actif ou passif du rapport de droit, à l'exclusion du représentant : les effets de l'acte se produisent en sa personne et non en la personne du représentant. La représentation est en somme un moyen d'écarter la règle qui exclut

Paul (6 Quæst., D., XXIV, 3, 45), l'action utile est donnée à un *adjectus solutionis gratia*. Quant à Dioclétien (C., III, 42, 8), où l'action utile est accordée au dépositaire *propter æquitatis rationem*, il semble bien que cette phrase ait été ajoutée après coup, pour tempérer la rigueur de la décision. Cf. Eisele, *Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte*, 1896, p. 76.

(1) Gaius, III, 100; Ulp., *h. t.*, 38, 1; Herm., D., XLVI, 1, 65.

(2) Inst., III, 19, 3 : *Quodsi effecturum se ut Titius dare spoponderit, obligatur*; Ulp., *l. c.*, 38, 2. Cf. t. I, 650, 2.

(3) Jul., 5 ex Min. D., XLVI, 8, 23; Pomp., 26 ad Sab., *eod.*, 18; Paul, 13 ad Sab., *eod.*, 19. Cf. Ulp., 79 ad Ed., D., XLVI, 5, 3; Paul, 48 ad Ed., *eod.*, 5.

les tiers du rapport obligatoire; mais elle a une portée bien plus large : elle s'applique même en dehors des obligations.

Le principe de la représentation n'a pas été admis à Rome. Il était incompatible avec le formalisme de l'ancien droit (1), et l'on n'a pas jugé utile de l'introduire plus tard. On s'en est tenu à la conception la plus simple qui était aussi la plus vraie : l'acte accompli par un mandataire produit ses effets en sa personne, mais le bénéfice ou la charge qui en résulte doit être transféré au mandant (2). Telle fut la règle appliquée aux divers cas où un tiers contractait dans l'intérêt d'autrui, et sans son intervention: à titre de *procurator* (I, 574), de mandataire (I, 650), de gérant d'affaires (I, 576), de tuteur ou de curateur.

Ce système n'était pas sans inconvénients : *a*) Si le tiers, le mandataire, par exemple, devenait insolvable avant d'avoir transmis le bénéfice du contrat, le mandant n'avait que la ressource de venir en concours avec les autres créanciers; *b*) ceux qui traitaient avec un mandataire ne devaient compter que sur lui pour acquitter l'obligation : c'était une restriction au crédit dont pouvait jouir personnellement le mandant. Ces inconvénients étaient atténués, lorsque, suivant l'usage, on avait recours à l'intermédiaire d'une personne placée sous la puissance de l'intéressé : les membres de la famille étant pour le chef des instruments d'acquisition, le bénéfice du contrat passait immédiatement au *paterfamilias;* quant aux obligations, il en était vraisemblablement tenu lorsqu'elles avaient été contractées sur son ordre.

Les besoins du commerce ont d'assez bonne heure déterminé les Romains à modifier le droit commun quant aux effets des contrats (3). Ces modifications sont dues les unes au Préteur, les autres à la jurisprudence.

§ 4. *Modifications dues au Préteur.* — Le Préteur autorise en certains cas les tiers qui ont traité avec une personne en puis-

(1) Cf. Labbé sur Ortolan, III, 867; Mitteis, *Die Lehre der Stellvertretung*, 1885, p. 13; Karlowa, II, 948.

(2) Paul, 5 ad Plaut., D., XVII, 1, 45 pr. : *Et recte dicitur in hoc esse mandati actionem, ut suscipiam obligationem quæ adversus te venditori competit; nam et ego tecum agere possum ut præstes mihi adversus venditorem emti actionem.*

(3) Des modifications analogues furent admises pour l'acquisition de la possession (p. 213), de la propriété (p. 237, 6) et du précaire (Ulp., D., XLIII, 26, 6, 1); pour l'acquisition du gage du bailleur d'un fonds rural sur les objets affectés par le *procurator* du colon (Ulp., D., XX, 1, 21 pr.); pour l'accomplissement des actes conservatoires d'un droit préexistant : sommation à un débiteur pour le constituer en demeure (Ulp., D., XX, 1, 24, 2); défense préalable à l'interdit *quod vi aut clam* (Ulp., D., XLIII, 24, 3 pr.). Pour la dénonciation de nouvel œuvre, cf. Ulp., D., XXXIX, 1, 5, 18-20.

sance à exercer un recours contre le chef de famille soit pour le tout, soit dans une mesure limitée.

1° L'*action exercitoire* est donnée à ceux qui ont traité avec le préposé à l'exploitation d'un navire (*magister navis*) (1). Tout contrat conclu avec ce préposé dans les limites de ses pouvoirs (*lex præpositionis*) (2) et pour les besoins du navire (3) oblige sans réciprocité (4) l'armateur (*exercitor*) (5) envers les tiers qui ont traité avec son *magister*. Cette obligation est sanctionnée par une action prétorienne, l'action exercitoire. En créant cette action, le Préteur a voulu augmenter le crédit du *magister* et pourvoir aux exigences du commerce maritime, qui laisse rarement le temps de s'enquérir de la condition de ce préposé, de rechercher s'il est libre ou esclave, *alieni juris* ou *sui juris* (6). Le tiers contractant a, dès lors, deux débiteurs entre lesquels il doit choisir : le préposé et le préposant. Si l'armateur est *alieni juris*, l'action exercitoire se donne *in solidum* contre son père ou son maître lorsqu'il exploite le navire avec son assentiment. Dans le cas contraire, le *paterfamilias* n'est tenu que *de peculio* ou *quasi tributoria*, suivant que l'armateur a agi à son insu ou avec sa tolérance (7).

La faveur due à la navigation et à l'armement des navires (8) a fait admettre d'autres dérogations au droit commun : *a*) le *magister navis* peut se substituer un tiers, même contre le gré de l'armateur; *b*) s'il y a plusieurs armateurs pour un même navire, chacun peut être poursuivi pour le tout, quelle que soit sa part dans le navire ; *c*) si l'*exercitor* est *alieni juris*, son père ou son maître est tenu *in solidum* de ses engagements et de ceux du *magister*; *d*) l'action exercitoire est perpétuelle et transmissible activement et passivement : elle ne s'éteint ni par la mort du *magister*, ni par le décès de l'armateur, ni par son aliénation s'il est esclave (9).

(1) ULP., 28 ad Ed., D., XIV, 1, 1, 15. Affrètement, transport des voyageurs et des marchandises; achat et vente de marchandises (*ibid.*, 1, 3 et 7); entretien et réparation du navire, salaire des gens de l'équipage (*ib.*, 1, 7). Peu importe que le navire serve à la navigation fluviale ou maritime (*ib.*, 1, 6).

(2) *Ibid.*, 1, 12. Voir notre article LEX PRÆPOSITIONIS (*Dict. des Antiq.*, V, 1121). La *præpositio*, qui émane du préposant, ne doit pas être confondue avec le contrat (louage de services ou mandat) qui lie le *magister navis* à l'*exercitor* (ULP., 1, 18).

(3) OFIL., ap. ULP., *eod.*, 1, 9; PEG., *eod.*, 1, 8.

(4) *Ibid.*, 1, 18 : *Quia non eodem auxilio indigebat.*

(5) *Ibid.*, 1, 15; GAIUS, IV, 71 : *Ad quem cottidianus quæstus pervenit.*

(6) ULP., *h. t.*, 1, 24; 1 pr.; 1, 3.

(7) *Ibid.*, 1, 17; *ibid.*, 1, 20; PAUL, 6 Brev., *eod.*, 6 pr.

(8) ULP., 1, 20 : *Ad summam reipublicæ navium exercitio pertinet*; ULP., 1, 5 : *Eo usque producendam utilitatem navigantium.*

(6) JUL., *eod.*, 1, 5; ULP., 1, 19-20 et 25; 4, 3 et 4; GAIUS, *eod.*, 2; PAUL, 3.

2° *Action institoire.* — L'*institor* est un préposé (1). Ce fut d'abord un esclave ou un fils de famille, plus tard une personne quelconque *sui* ou *alieni juris* (2), établie dans une boutique (*taberna*) et préposée à un commerce (3). La jurisprudence a donné au mot *institor* un sens plus large encore : elle l'applique aux colporteurs comme aux boutiquiers, à celui qui est préposé à une maison ou à la culture d'un champ (4). La seule réserve, c'est que l'*institor* doit être préposé *propter quæstum*, pour procurer un gain au préposant.

Tout contrat conclu par l'*institor* dans les limites de ses attributions oblige le préposant *in solidum* envers le tiers qui a traité avec le préposé en cette qualité (5). Le tiers a deux débiteurs entre lesquels il peut choisir : le préposé (6) et le préposant. Celui-ci ne peut s'exonérer de cette obligation qu'en avertissant les tiers soit par un avis individuel, soit par une affiche apposée en permanence devant la boutique, en un lieu très apparent (7). L'obligation du préposant est sanctionnée par une action prétorienne de même nature que l'action exercitoire (8) : c'est l'action institoire.

Trois différences séparent la situation de l'*institor* de celle du *magister navis : a*) on n'admet pas facilement que l'*institor* se substitue un tiers ; la responsabilité du préposant est sous ce rapport moins étendue ; — *b*) si l'*institor* est *alieni juris*, son père ou son maître n'est pas tenu des engagements qu'il a conclus comme préposé (9) ; — *c*) on admit au IIe siècle que le tiers qui contracte avec un *institor* est réciproquement obligé envers le préposant, lorsque celui-ci n'a pas d'autre moyen de sauvegarder ses intérêts (10).

(1) Gaius, IV, 7 : *Tabernæ præpositus;* Ulp., 26 ad Ed., D., XIV, 3, 3 : *Institor appellatus est ex eo quod negotio gerendo instet.*

(2) *Ibid.*, 7, 1. Même un enfant (Gaius, 9 ad Ed., prov., *eod.*, 8).

(3) *Ibid.*, 3; 5 pr. : *Cuicumque negotio præpositus*; 5, 4 : *Circitores;* Paul, de var. lect., *eod.*, 18 : *Tabernæ... sine loco;* 30 ad Ed., *eod.*, 4. Cf. les *institores gemmarum sericarumque vestium* (Theophr., ap. Sen., *Vat. fr.* 13, 52).

(4) Serv., 1 ad Brut., *eod.*, 5, 1; Lab., *eod.*, 5, 2; Paul, 29 ad Ed., *eod.*, 16. Cette réserve exclut le *villicus* préposé *propter fructus recipiendos.*

(5) Ulp., 5, 11; Cass., *eod*, 5, 12. C'est l'opinion générale; elle s'appuie sur Ulp., D., XIV, 3, 5, 17; Paul, *eod.*, 17, 3. L'exception au droit commun n'a pas de raison d'être si le tiers n'a pas su qu'il traitait avec un préposé. Cf. Dernburg, II, 37, 13; Mitteis, 29; Karlowa, *Rg.*, II, 1128.

(6) La règle s'applique même au cas où le préposé est une femme (Ulp., D., XIV, 3, 7, 1) : bien qu'elle s'oblige ici pour autrui, on écarte le Sc. Velléien, par une faveur spéciale au commerce.

(7) Paul, 30 ad Ed., *eod.*, 17, 4; Ulp., *eod.*, 10, 2-4; Paul, 4 ad Plaut., D., XV, 1, 47 pr. : *Cum Januario servo meo geri negotium veto.*

(8) Jul., ap Ulp., *eod.*, 13, 2; Ulp., 15.

(9) Ulp., D., XIV, 1, 1, 5; 1, 20.

(10) Marcel., ap., Ulp., 1; Gaius, *eod.*, 2. Pour l'*exercitor*, le Préfet de l'an-

L'action institoire existait au temps de Servius (1). Elle est postérieure à l'action exercitoire qui lui a servi de modèle à plusieurs égards (2). L'une et l'autre présentent dans leur formule cette particularité que l'*intentio* mentionne le contrat conclu avec le préposé, tandis que la *condemnatio* est dirigée contre le préposant. En raison de cette particularité, les auteurs modernes appellent ces actions *adjectitiæ qualitatis*. La condamnation est subordonnée à la double preuve de l'existence du contrat et de la qualité de la personne qui s'est obligée (3).

3° *Action* de peculio. — Le père de famille, qui concède à son fils ou à son esclave la libre administration d'un pécule, est responsable envers les tiers des engagements contractés dans l'intérêt du pécule (4). Sa responsabilité est limitée à la valeur du pécule. L'action *de peculio* qui sanctionne l'obligation du maître est, comme les actions exercitoire et institoire (5), une action *adjectitiæ qualitatis*. Elle en diffère en plusieurs points.

a) Elle n'est pas perpétuelle : elle s'éteint à la mort du maître ou de l'administrateur du pécule, ou lorsque celui-ci est libéré de la puissance paternelle ou dominicale. En droit, il n'y a plus de pécule; mais comme, en fait, les valeurs qui le composent sont aux mains du maître ou de ses héritiers, il a paru inique de

none ou le gouverneur de la province peut venir à son secours *extra ordinem* (Ulp., D., XIV, 1, 1, 18). Le caractère exceptionnel du recours du préposant contre les tiers se justifie par la différence qui existe entre sa situation et celle des tiers : ceux-ci peuvent dire qu'ils ont traité en considération du préposant, tandis que celui-ci ignorait avec qui contracterait son préposé. D'autre part, en autorisant le préposant à agir contre les tiers, on enlèverait au préposé une recette sur laquelle il comptait peut-être pour se rembourser de ses avances : ce serait une iniquité.

(1) Servius, dans ses *libri ad Brutum* (ap. Ulp., XIV, 3, 5, 1), accorde l'action institoire à celui qui a traité avec un *insularius*. Sans doute on hésitait à appliquer ici cette action, parce que le préposé n'était pas chargé de vendre ou d'acheter.

(2) Lorsque, par exemple, l'*institor* ou le préposant est une femme : Ulp., *eod.*, 7, 1; D., XIV, 1, 1, 16; XV, 1, 3, 2; cf. Jul., D., XIV, 3, 13, 2.

(3) Ce point a été contesté, mais Lenel (*E. P.*, I, 300-314) a solidement établi après Keller que l'*intentio* des actions *adjectitiæ qualitatis* était *in jus concepta*, et qu'elle était rédigée de manière à mettre en relief l'exception au droit commun consacrée par le Préteur. Si le préposé était un esclave, on agissait avec la fiction : *Si liber esset ex jure Quiritium.*

(4) L'action *de peculio* n'est pas donnée en raison d'un délit. Cependant si l'esclave a commis un dol à l'occasion d'un acte qui donne lieu à l'action *de peculio*, l'action de dol pourra être intentée *de peculio* (Lab., ap. Ulp., 11 ad Ed., IV, 3, 9, 3). De même si l'esclave a fait un acte en fraude de ses créanciers (Ulp., D., XLII, 8, 6, 12). L'action *de peculio* se donne également en raison d'un précaire conclu par le fils ou l'esclave à l'insu du maître (Pomp., D., XLIII, 26, 13; Ulp., D., XV, 1, 5, 1). Ulpien (*eod.* 42) signale une application anormale de l'action *de peculio*, admise contre l'avis des Sabiniens : l'adrogeant est tenu *de peculio* des dettes contractées par l'adrogé avant l'adrogation.

(5) L'action *de peculio* doit être plus ancienne que l'action institoire, car elle lui a servi de modèle à quelques égards (Jul., ap. Ulp, D., XV, 3, 13, 2). Elle est en tout cas antérieure à Servius (ap. Ulp., D., XV, 1, 9, 3).

les dégager de leur obligation : l'Édit a créé une action *de peculio annalis* qui se donne contre eux pendant une année utile (1).

b) L'action *de peculio* n'est pas donnée contre le maître pour le tout, mais seulement, comme son nom l'indique, jusqu'à concurrence de la valeur du pécule. On doit même en déduire ce qui peut être dû au maître ou aux personnes placées sous sa puissance, sa tutelle ou sa curatelle, ou dont il administre les biens (2). Cette règle souffre trois exceptions : α) lorsque le créancier du pécule a été victime d'un dol du maître, celui-ci doit réparer intégralement le préjudice causé (3) ; β) il en est de même si le pécule a été diminué par le dol du maître (4); γ) si l'acte fait par le fils ou par l'esclave a profité au maître, celui-ci est tenu dans la mesure de son enrichissement (5).

Dans ce dernier cas, le créancier n'a pas à choisir entre deux actions distinctes : il n'a qu'une seule action (6), mais cette action a exceptionnellement deux *condemnationes;* elle confère le pouvoir de condamner, soit *de in rem verso*, soit *de peculio*. Le juge examine d'abord s'il y a *in rem versum;* il ne passe à l'estimation du pécule qui si le maître n'a tiré de l'acte aucun

(1) Ulp., 29 ad Ed., D., XV, 2, 1, 1-2. Cette clause existait dans l'édit au temps d'Auguste : Lab., *eod.*, 1, 10. Les héritiers qui ont recueilli le pécule (*penes se*) sont tenus pour leur part et portion, et non solidairement (Jul., ap. Ulp., 2 Disp., D., XV, 1, 32 pr.). Si l'esclave a été vendu, les créanciers peuvent, d'après Gaius (9 ad Ed. prov., *h. t.*, 27, 3), soit agir pour le tout contre le vendeur ou contre l'acheteur, soit réclamer à chacun une part de la dette. Proculus (ap. Paul, 4 ad Plaut., *eod.*, 47, 3) n'admet pas cette division : si le créancier n'a obtenu de l'acheteur qu'un payement partiel, il lui donne une action utile pour réclamer le surplus au vendeur.

(2) Les créanciers non payés peuvent renouveler leur action si le pécule s'accroît dans la suite. De là une difficulté qui sera examinée à propos de la *litiscontestatio*.

(3) Pomp., ap. Ulp., 2 Disp., *h. t.*, 36.

(4) Ulp., *h. t.*, 21 pr. Cette exception existait au temps d'Auguste (Mela, *eod.*).

(5) Exception admise au temps d'Alfenus (D., XV, 3, 16). Le maître serait tenu *in solidum* si l'argent avait servi à acheter des choses dont il avait besoin (5 pr.).

(6) L'action *de in rem verso* semble avoir eu une existence indépendante dans trois cas cités par Labéon (ap. Ulp., D., XV, 3, 1, 1) : si le maître a retiré sans dol le pécule ; si le pécule a été épuisé par un créancier antérieur; si l'année utile est écoulée (cf. Karlowa, *Rg.*, II, 1154). Elle paraît aussi avoir été appliquée, en dehors de tout pécule, aux rapports entre associés : la dette contractée par un associé n'est pas opposable aux autres, à moins que l'argent n'ait profité à la caisse commune (Pap., 3 Resp., D., XVII, 2, 82). C'est une question controversée que de savoir si l'action *de in rem verso* a été donnée, d'une manière générale, à titre d'action utile, pour des contrats conclus par des personnes *sui juris*. Un rescrit de Dioclétien (C., IV, 26, 7, 3) tendrait à le prouver ; mais l'action *de in rem verso* et l'action *de peculio* ont une formule unique, donc supposent une personne *alieni juris*. Cette conclusion est confirmée par Dioclétien, C. II, 24, 4, relatif à un contrat fait par une personne *sui juris : Nullam ei prorsus adversus vos actionem competere manifestum est.* Il y a donc lieu de croire que le premier rescrit a été interpolé. Cf. Lenel, *Archiv. f. civ. Pr.*, 1892, LXXVIII, 354 ; Schlossmann, *Jherings Jahrb.*, 1896, XXXIV, 316. Contra : Löwenfeld, *Die selbständige* actio de in rem verso, 1873; Tuhr, *Actio de in rem verso*, 1895; Voigt, *Rg.*, II, 369.

profit ou s'il n'en a pas profité pour le tout (1). Il y a *in rem versum* dans tous les cas où l'esclave aurait eu l'action contraire de gestion d'affaires s'il eût été *sui juris* (2); mais, dans l'opinion qui a prévalu, on n'exige pas qu'il ait eu, au moment où il a fait l'acte, l'intention d'agir dans l'intérêt du maître (3).

Les créanciers sont payés dans l'ordre où ils obtiennent jugement (4). Le plus diligent exclut les autres : *occupantis melior est conditio*.

4° *Action* quod jussu. — Tout chef de famille est tenu *in solidum* de l'obligation contractée sur son *jussum* par une personne placée sous sa puissance : c'est comme si l'on avait traité avec lui-même (5). Le *jussum* n'est pas un ordre, une injonction (6) adressée au fils ou à l'esclave ; un ordre serait inopérant, car il dépend du tiers de ne pas se prêter à son exécution. Le *jussum* est l'adhésion donnée par le chef de famille au contrat qui va être conclu. Cette adhésion a pour effet de mettre l'obligation à sa charge comme s'il avait pris part en personne à la formation du rapport de droit. — Le *jussum* peut être donné en une forme quelconque (7) ; il est ordinairement notifié au tiers intéressé (8) ; il est général ou spécial. Il peut être révoqué, mais on doit prendre soin d'en informer celui à qui on l'a notifié.

L'action *quod jussu* existait au temps de Labéon (9). Elle figure dans l'édit, de même que l'action *de in rem verso*, comme une annexe de l'action *de peculio :* de là le nom d'*edictum triplex* donné à cette partie de l'édit (10).

5° *Action tributoire.* — Lorsqu'une personne en puissance a

(1) Inst., IV, 7, 4 *b*.
(2) Ulp., 29 ad Ed., D., XV, 3, 3, 2.
(3) Pomp., ap. Ulp., *eod.*, 10, 10 : *An ex eventu possit in rem patris filius vertere.* Contra : Paul, II, 9, 1 *in fine*.
(4) Gaius, *h. t.*, 10 : *Qui prior ad sententiam judicis pervenit.*
(5) Ulp., D., XV, 4, 1 pr.
(6) Le mot *jussum* désigne tantôt un ordre, tantôt une simple autorisation. Lorsqu'on dit qu'un esclave a commis un délit *jussu domini*, on entend parler d'un ordre ; les jurisconsultes posent à cette occasion la question de savoir si l'esclave est tenu d'une obéissance passive (Cels., ap. Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 4, 2, 1). Si au contraire une succession est déférée à un fils de famille ou à un esclave, le *jussum* nécessaire pour l'adition d'hérédité n'est plus un ordre : *potuit enim (servus) quamvis jubente domino nolle adire* (Alex., C., VI, 24, 3).
(7) Ulp., D., XV, 4, 1, 1. On tient pour équivalent un mandat, ou une *subscriptio* sur le *chirographum* délivré par l'esclave (*ibid.*, 1, 3-4).
(8) Ulp., 1, 1, 2 : *Quod voles cum Sticho servo meo negotium gerere periculo meo.* Cassius (ap. Ulp., 8 ad Sab., D., XXIX, 2, 25, 4) marque la différence qui sépare le *jussum* de l'*auctoritas* du tuteur.
(9) Ap. Ulp., *eod.*, 1, 9; D., XLII, 8, 6, 12. Cette action paraît inconnue à Alfenus, ou au jurisconsulte dont il cite la réponse (2 Dig., D., XV, 3, 8).
(10) Ulp., D., XV, 1, 1, 1. Sur cet édit et sur la formule de l'action *quod jussu*, cf. Lenel, *E. P.*, I, 320, 323.

entrepris un commerce (1) de sa propre initiative et non comme préposé, son actif commercial est le gage commun de tous ses créanciers. Si elle fait de mauvaises affaires, le maître ne peut invoquer ni son droit de propriété sur le pécule, ni un droit de préférence à titre de créancier privilégié (2). Le Préteur lui impose certains devoirs envers la masse des créanciers : sur leur requête, il l'invite à répartir entre eux (*in tributum vocare*) l'actif commercial après l'avoir liquidé. La répartition a lieu au prorata des créances; chaque créancier s'oblige, au cas où l'on découvrirait des dettes ignorées, à restituer ce qu'il a reçu en trop. Le maître ne peut décliner cette mission qu'en renonçant à tout droit sur la *merx peculiaris;* le Préteur nomme alors un arbitre pour procéder à la répartition (3).

Quatre conditions sont requises pour que les créanciers puissent demander au Préteur la distribution de l'actif : *a*) que le fils ou l'esclave soit insolvable ; *b*) qu'il ait fait le commerce ; *c*) que ce commerce ait été connu du maître et toléré par lui ; *d*) que les créanciers aient contracté à l'occasion de ce commerce. — Si l'esclave fait en même temps plusieurs commerces, ou un seul commerce en des lieux différents, on procède à des répartitions distinctes pour chaque établissement (4).

Le devoir imposé par le Préteur doit être accompli de bonne foi : le maître qui commet un dol dans la répartition ou qui ne met pas intégralement l'actif à la disposition de l'arbitre, est responsable du préjudice causé. Le Préteur accorde aux créanciers une action tributoire. Cette action ressemble à certains égards à l'action de dol : elle se donne contre un pupille s'il est *doli capax;* contre les héritiers, dans la mesure de leur enrichissement. Mais elle ne tend pas à l'application d'une peine; elle n'a pour but que la réparation du préjudice : elle est perpétuelle (5). — Les créanciers peuvent, s'ils le préfèrent, intenter l'action *de peculio :* ils y ont intérêt lorsque l'actif commercial ne

(1) L'édit parlait de *merx peculiaris* (Gaius, IV, 72) : la jurisprudence en étendit l'application à toute espèce de commerce (Ped., ap. Ulp., 29 ad Ed., D., XIV, 4, 1, 1). L'édit fut rendu vers le temps d'Auguste : Labéon a résolu plusieurs questions qui s'y rattachent.

(2) Lab., ap. Ulp., *h. t.,* 5, 7 : *Privilegium deductionis perdidit.* Le maître est obligé même si ses créances absorbent tout le pécule (Ulp., 1, 2).

(3) Ulp., *h. t.*, 5, 6 et 11 ; 5, 19.

(4) Ulp., 1, 3 ; 5, 4; 5, 15-16.

(5) Ulp., 3, 1-2 ; 7, 2-4 ; Jul., 11 Dig., *h. t.*, 8. On ne connaît pas la formule de l'action tributoire. Il est vraisemblable que le créancier invoquait, comme dans les actions *adjectitiæ qualitatis,* le contrat conclu avec le fils ou l'esclave, et que la *condemnatio* tendait à *quanto minus eo nomine dolo malo N*[i] *N*[i] *A*[o] *A*[o] *tributum est quam ex edicto meo A*[o] *A*[o] *tribui debuit, tantam pecuniam,* etc. Cf. Lenel, *E. P.*, I, 317.

comprend qu'une faible partie du pécule, et que la créance du maître est peu importante.

§ 5. *Modifications dues à la jurisprudence.* — 1° *Contrats conclus par un tuteur au nom du pupille.* Ces contrats produisent leurs effets au profit ou au préjudice du pupille dans les cas indiqués p. 156. Scævola, Papinien, Ulpien donnent une action utile au pupille ou contre lui (1). Ils vont même jusqu'à permettre au tuteur d'écarter par une exception l'action qui serait intentée contre lui en raison d'un engagement qu'il a contracté au nom du pupille (2). En un mot, le tuteur devient un représentant au sens moderne du mot. La même règle fut appliquée au curateur du fou, du mineur de vingt-cinq ans, à l'*actor* d'un municipe (3).

2° *Contrats conclus par un mandataire.* La modification fut ici moins profonde : on s'est borné à étendre les règles de l'action institoire à des personnes qui ne sont pas préposées à un commerce. Papinien, le premier, proposa d'accorder un recours contre le mandant aux tiers qui auraient traité avec un mandataire, de leur donner une action *quasi institoria* ou *ad exemplum institoriæ actionis* (4). Il en fit l'application au mandat de contracter un emprunt *quia et hic quasi præposuisse eum mutuæ pecuniæ accipiendæ videatur,* au mandat de vendre et à quelques autres hypothèses (5). La raison qu'il invoque, c'est que celui qui traite avec un mandataire, comme celui qui contracte avec un *institor*, agit en considération du mandant (6). Il n'y a pas ici représentation : le mandataire reste obligé à côté du mandant au lieu de s'effacer devant lui; il n'a pas, comme le tuteur, une exception pour écarter l'action du créancier (7).

Si le mandant est obligé envers les tiers qui ont traité avec le mandataire, la réciproque est-elle vraie? Le mandant devient-il créancier par l'intermédiaire du mandataire, et peut-il agir contre les tiers en vertu d'un contrat auquel il n'a pas pris part?

(1) Scæv., 13 Resp., D., XXVI, 9, 8; Pap., ap. Ulp., 32 ad Ed., D., XXI, 2, 4, 1; Ulp., 1 Op., D., XXVI, 9, 2; Alex., C., V, 39, 2; Diocl., *eod.*, 5.

(2) Pap., 5 Resp., D., XXVI, 9, 5, 1 : *Actionem post finitam tutelam recte recusat;* Carac., C., V, 39, 1.

(3) Ulp., 27 ad Ed., D., XIII, 5, 5, 9.

(4) Labéon donnait une action quasi institoire contre l'entrepreneur des pompes funèbres en raison des actes du *servus pollinctor* (t. Ier, p. 616, 6. Ap. Ulp., 28 ad Ed., D., XIV, 3, 5, 8).

(5) Ap. Ulp., 31 et 32 ad Ed., D., XVII, 1, 10, 5; XIX, 1, 13, 25; Pap., 3 Resp., D., III, 3, 68. Cf. Ulp., D., XLV, 1, 79; III, 3, 28; Diocl., C., III, 42, 8.

(6) Pap., 2 Resp., D., III, 5, 31 pr. : *Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam : cujus litteras creditor secutus contraxit.....*

(7) C'est ce que dit Papinien pour le *procurator absentis* (*Vat. fr.*, 328, 332.)

L'analogie établie entre le mandataire et l'*institor* devait conduire la jurisprudence à résoudre la question négativement, sauf le cas où il n'y aurait pas d'autre moyen de sauvegarder les intérêts du mandant (1). Telle était également la règle suivie à l'égard des armateurs, lorsqu'ils agissaient *extra ordinem* (2).

En somme, l'innovation introduite par Papinien n'a rien changé au principe exclusif de la représentation : elle en a seulement atténué les inconvénients en laissant au Préteur le soin de décider, suivant les circonstances, s'il y avait lieu d'en écarter l'application (3). Deux exceptions ont été admises (4) : l'une pour les contrats conclus par les tuteurs ou curateurs ; l'autre, spéciale au *mutuum*, est une conséquence de la règle qui permet d'acquérir ou de transmettre la possession *per extraneam personam* (5). L'aliénation, nécessaire pour la formation du *mutuum*, peut être faite par un mandataire ou au profit d'un mandataire : dans le premier cas, c'est le mandant qui devient créancier, puisqu'il est censé avoir fait l'aliénation ; dans le second, c'est lui qui devient seul débiteur, puisque c'est lui qui a acquis la

(1) Marcel., ap. Ulp., 28 ad Ed., D., XIV, 3, 1 ; Gaius, 9 ad Ed. prov., *eod.*, 2. Si par exemple le mandataire devient insolvable, le mandant n'aura pas à subir le concours des autres créanciers ; il agira directement contre le tiers qui a traité avec le mandataire. On a accordé le même droit au mandant lorsque le mandataire n'avait pas d'intérêt à l'en empêcher : soit dans le cas d'un mandat de stipuler (Pap., 3 Resp., D., III, 3, 68), soit dans le cas d'un mandat de vendre lorsque le mandant offre de garantir le mandataire contre le recours de l'acheteur. Il en serait de même dans le cas d'un mandat d'acheter si le mandant a fourni l'argent. Dans tous ces cas on simplifiait la procédure en permettant au mandant d'agir contre le tiers sans demander au mandataire la cession de son action. Mais si le mandataire a payé *de suo* (cf. Pap., 11 Resp., D., XX, 4, 3, 1), il y aurait injustice à permettre au mandant d'exercer l'action en garantie contre l'éviction : ce serait enlever au mandataire un moyen d'obtenir le remboursement de ses avances en lui refusant la cession de ses actions (Pap., D., XLI, 49, 2 : *Evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur : sed per actionem mandati ea cedere cogitur*). Un texte d'apparence générale (Ulp., D., XIX, 1, 13, 25) a donné lieu de penser que le mandant avait toujours une action contre les tiers. Mais cette généralisation ne saurait être admise en présence d'Ulpien (D., XIV, 3, 1) et des textes qui viennent d'être cités.

(2) Ulp., D., XIV, 1, 1, 18 : *Solent plane præfecti propter ministerium annonæ, item... præsides provinciarum extra ordinem eos juvare ex contractu magistrorum.* Cf. Mitteis, *Trapezitica*, 1899, p. 5.

(3) C'est à J.-E. Labbé que revient le mérite d'avoir montré quelle fut en cette matière la doctrine du droit classique. Il a fait à ce sujet une comparaison judicieuse entre le système romain et celui du droit moderne et montré comment le Préteur romain et notre législateur, préoccupés du même intérêt de justice, y ont donné satisfaction par des procédés différents (sur *Ortolan*, III, 876-880).

(4) Une autre exception semble admise pour la formation du contrat de société (Lab., 6 Post. epit., D., XVII, 2, 84) : *Quoties jussu alicujus vel cum filio ejus vel cum extraneo societas coitur, directo cum illius persona agi posse, cujus persona in contrahenda societate spectata sit.* Mais l'expression *directo agi posse* que l'on retrouve dans Inst. (IV, 7, 8), rend le texte suspect d'interpolation.

(5) Sur la portée de cette exception, cf. Gérardin, *Nouv. Rev. hist.*, 1900, p. 31.

possession (1). Cette exception apparaît dès le règne de Trajan (2).

§ 6. *Règles particulières aux délits.* — 1° Plus nombreuses sont, en matière de délits, les exceptions à la règle que les obligations n'ont pas d'effet à l'égard du chef de famille ou des tiers. De très bonne heure, le chef de famille a été tenu de certains délits commis par les personnes en sa puissance : il est obligé à en faire l'abandon noxal ou à réparer le préjudice causé (I, 366, 1) (3). Le droit classique a conservé et généralisé une règle (4) qui témoigne d'un adoucissement des mœurs publiques : l'extension de l'action noxale coïncide avec la disparition du système de la vengeance privée et de celui des compositions légales.

Pour être passible de l'action noxale, deux conditions sont requises, et toutes deux s'apprécient au moment de la *litiscontestatio* : 1° que le défendeur ait sous sa puissance l'auteur du délit. Anciennement, l'action était exclusivement donnée contre le *dominus;* elle se donne maintenant contre un simple possesseur de bonne ou de mauvaise foi (5), et dans tous les cas avec cette restriction imposée par l'équité : qu'il ait la possibilité d'exhiber l'auteur du délit (6). Si l'esclave est en fuite, l'action n'est pas recevable; s'il est absent, on aura recours à une *interrogatio in jure* pour faire constater s'il est sous la puissance et en la propriété du défendeur (7). 2° Que l'auteur du délit n'ait été sous la puissance de la victime ni au moment où le délit a été commis, ni même, d'après les Sabiniens (8), à une époque ultérieure : c'est une atténuation apportée à la règle antique.

(1) Paul, 3 Quæst., D., XLV, 1, 126, 2; Aristo, Jul., ap. Ulp., 26 ad Ed., D., XII, 1, 9, 8. Le payement de l'indû est à cet égard traité comme le *mutuum;* fait à un mandataire, il oblige le mandant (Pap., 3 Resp., D., XII, 6, 57, 1).

(2) Elle est attribuée à Ariston. Julien en fit l'application au *mutuum* consenti par un tuteur (D., XXVI, 7, 9 pr.).

(3) L'action donnée contre le maître n'est pas nécessairement délictuelle. Une action contractuelle peut aussi être donnée *noxaliter*, lorsqu'un esclave remis en gage, déposé ou prêté, a commis un délit (Jul., ap. Afr., 8 Quæst., D., XLVII, 2, 62, 1. Cf. Proc., ap. Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 2, 27, 11).

(4) Ulp., 41 ad Sab., D., XLVII, 1, 1-2 : *Placet.* L'extension a été réalisée par les lois Aquilia (I, 374, 3), Plætoria (fragment *de formula Fabiana :* Girard, *Textes*, 368), et surtout par l'Edit.

(5) Gaius, 13 ad Ed. prov., D., IX, 4, 13 : *Nam et absurdum videtur... prædones securos esse;* Ulp., 7 ad Ed., *eod.*, 11.

(6) Ulp., 23 ad Ed., *eod.*, 21, 3; Paul, II, 31, 37. L'action de la loi Aquilia fait seule exception à la règle (Ulp., D., IX, 2, 27, 3) : on n'a pu jusqu'ici en donner une raison satisfaisante. Cf. Lenel, *E. P.*, I, 180, 13.

(7) Sur l'existence, l'utilité et la sanction de cette double interrogation, voir Lenel, *E. P.*, I, 183; Karlowa, II, 1173. Lorsque l'esclave est grevé d'un usufruit ou d'une hypothèque, l'usufruitier, le créancier hypothécaire ont la faculté de défendre à l'action noxale pour la conservation de leurs droits (Paul, 18 ad Ed., D., IX, 4, 26, 6; Gaius, 6 ad Ed. prov., *eod.*, 27).

(8) Gaius, IV, 78. Cf. t. Ier, p. 372, 1.

Par exception, le maître est tenu *in solidum* même si l'esclave n'est plus en sa puissance : 1° lorsqu'un *damnum injuria datum* a été commis sur son ordre ou à sa connaissance ; 2° lorsqu'il a par dol cessé de posséder ; 3° s'il a par dol nié avoir l'esclave en sa puissance (1). — Si l'esclave est mort après la *litiscontestatio,* la situation du maître varie suivant que la mort est ou non le résultat d'un délit : dans le premier cas, il doit céder ses actions à la victime (2) ; dans le second, il doit faire l'abandon total ou partiel du cadavre (3).

L'objet de l'obligation du maître varie suivant le moment où on l'envisage : avant la *litiscontestatio,* le maître est tenu d'une obligation facultative ; il doit livrer l'auteur du délit, à moins qu'il ne préfère indemniser la victime ; après la *litiscontestatio*, son obligation devient alternative : il doit livrer l'esclave ou payer la *litis æstimatio* (4) ; après la sentence et jusqu'à son exécution, il doit la *litis æstimatio* avec faculté de se libérer par un abandon noxal (5).

Si le prétendu maître refuse de défendre à l'action noxale ou s'il est absent, le magistrat autorise la victime à emmener chez elle l'auteur du délit (6). Si le maître est présent, le demandeur peut exiger la *mancipatio* et la caution *de dolo :* en cas de refus, le Préteur donnera contre le maître une action *sine noxæ deditione* (7).

(1) Ulp., 18, 23 ad Ed., *eod.*, 2 pr., 1 ; 22, 1. Conséquence : le maître reste tenu après l'aliénation, l'affranchissement ou la mort de l'esclave (Ulp., *eod.*, 5, 1).

(2) Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 1, 1, 16.

(3) C'est au fragment d'Autun, cité p. 62, 7, que l'on doit la connaissance de cette règle. On a voulu sans doute conserver au père de famille le droit de punir le délit commis par son fils ou par son esclave en leur infligeant la peine de mort. Il ne pouvait dépendre du fils ou de l'esclave de se soustraire, en commettant un délit, à la puissance du chef de famille. L'obligation pour le père de livrer l'auteur du délit et par là même de renoncer à son droit de maître n'a plus qu'un caractère subsidiaire. Cf. Scialoja, *Bull. di d. R.*, XIII.

(4) Voir pour le premier cas, Paul, D., IX, 4, 26, 4 ; pour le second, Jul., *eod.*, 16.

(5) Ulpien (76 ad Ed., D., XLII, 1, 6, 1) déclare que la condamnation ne peut, à peine de nullité, avoir pour objet le seul abandon noxal : *Noxæ deditio in solutione est quæ e lege tribuitur.*

(6) Callist., 2 ed. mon., D., IX, 4, 32; Ulp., D., IX, 1, 1, 16.

(7) Certaines actions noxales présentent des particularités qui méritent d'être signalées : 1° Dans l'action d'injures et dans l'action de la loi Plætoria, le maître peut, s'il le préfère, livrer l'esclave pour être battu de verges au gré du juge (Ulp., 57 ad Ed., D., XLVII, 10, 17, 3 et 5 ; Paul, 1 Sent., D., IV, 4, 24, 3). 2° Dans l'action *furti*, lorsque le vol a été commis par une bande d'esclaves (*familia*), la *litis æstimatio* est, d'après l'édit, calculée comme s'il n'y avait qu'un seul délinquant. Octavenus proposa d'étendre cette faveur à d'autres actions noxales (cf. Pomp., Paul, 3 ad Ed., D., II, 1, 9). Lorsqu'un vol a été commis par une *familia* de publicains, ceux-ci sont invités à présenter les gens qu'ils emploient, esclaves ou libres, faute de quoi l'action sera donnée contre eux *sine noxæ deditione* (Ulp., 38 ad Ed., D.,

2° Il y a plusieurs cas où une personne est obligée en raison du délit commis par un tiers : 1° le maître d'un appartement est responsable des contraventions à l'édit *de effusis et dejectis* commises par les personnes libres qui habitent avec lui (1); 2° les bateliers, hôteliers, maîtres d'écurie sont responsables des vols, détérioration et destruction des objets qui ont été confiés à leurs employés.

V. Sanction des obligations. — En principe, la sanction est un élément essentiel de la notion d'obligation. On appelle obligation civile toute obligation munie d'action. Peu importe que cette action ait été établie par le droit civil, ou par le droit prétorien, ou par les constitutions impériales (2). Mais à côté des obligations civiles, il y a des obligations naturelles.

§ 1er. *Notion de l'obligation naturelle.* — L'obligation naturelle est une obligation dépourvue de sanction : le créancier ne peut forcer le débiteur à tenir sa promesse (3). Si l'on admet ici l'existence d'une obligation, c'est, dit Ulpien, par abus de langage : on se réfère plutôt au fait qui l'a engendrée qu'aux règles du droit civil sur la formation des obligations (4). C'est aussi parce qu'elle produit des effets analogues à ceux des obligations civiles. Il faut donc se garder de confondre l'obligation naturelle, soit avec l'obligation réprouvée par la loi (5), soit avec l'obligation morale ou de conscience : celle-là est en dehors de la sphère du droit; celle-ci ne peut produire aucun effet juridique (6). Pourquoi la loi laisse-t-elle dépourvues de sanction certaines obligations qu'elle n'a pas réprouvées?

L'idée d'une obligation dépourvue de sanction semble antijuridique : elle n'a été admise que pour tempérer la rigueur du droit. L'obligation naturelle, dit Papinien, est un *vinculum æqui-*

XXXIX, 4, 12 pr., 1). Cette exception a été établie *ad compescendam (publicanorum) audaciam*. D'après le texte inséré au Digeste, la même exception s'appliquerait au délit de la loi Aquilia ; mais cette clause a peut-être été ajoutée après coup. Cf. Karlowa, II, 37 ; Lenel, *E. P.*, 268. Contra : Voigt, II, 991, 22.

(1) Voir notre article locatio (*Dict. des Antiq.*, V, 1289).

(2) Ulp., 6 ad Ed., D., L, 16, 10. Dans un sens étroit, on oppose l'obligation civile à l'obligation prétorienne (Ulp., D., XLVI, 2, 1, 1; Marc., D., XX, 1, 5 pr.).

(3) L'expression « obligation naturelle » désigne parfois une obligation munie d'action, l'obligation née du *mutuum*, par opposition à l'obligation née de la stipulation qui est qualifiée obligation civile. Le mot *naturalis* se réfère ici au fait matériel de la remise des écus, fait qui est nécessaire pour la formation du contrat de prêt (Paul, 3 Quæst., D., XLV, 1, 126, 2).

(4) Ulp., 43 ad Sab., D., XV, 1, 41.

(5) Telle est l'obligation contractée contrairement au Sc. Velléien.

(6) Il y a à Rome certains usages qui, sans avoir de sanction juridique, ont une sanction morale dans l'opinion publique. On dit parfois qu'il y a dans ce cas obligation naturelle : obligation pour une mère de doter sa fille; pour un affranchi de rendre à son patron des *operæ officiales* (Jul., ap. Ulp., D., XII, 6, 32, 2; 26, 12).

tatis (1). Cette idée apparaît pour la première fois en matière d'interprétation de testament : un maître affranchit son esclave et lui lègue ce qu'il lui doit; ce legs est nul, dit Servius, car un maître ne peut rien devoir à son esclave; le legs est valable, dit Javolenus, car l'intention du testateur a été de léguer ce qu'il devait en fait, sinon en droit (2). Cette notion de l'obligation naturelle a été développée par Julien, le disciple de Javolenus : il l'a appliquée en matière de répétition de l'indû et de fidéjussion (3) : dans l'un et l'autre cas, comme en matière de testament, une interprétation très large était de règle pour apprécier soit l'*indebitum,* soit l'obligation principale qui servait de support à la fidéjussion. Julien a aussi fait admettre que l'obligation naturelle est un élément éventuel du patrimoine et doit être comprise dans une restitution d'hérédité (4). Tel est le point de départ de la théorie de l'obligation naturelle : c'est une réaction contre la règle antique qui refuse aux esclaves la capacité de contracter. Cette théorie a reçu d'autres applications.

§ 2. *Formation des obligations naturelles.* — L'obligation naturelle a le même fondement que l'obligation civile : 1° les mêmes faits donnent naissance, suivant les cas, tantôt à une obligation civile, tantôt à une obligation naturelle; 2° dans plusieurs cas, l'obligation civile dégénère en obligation naturelle dès que l'action fait défaut. Il y a donc deux classes d'obligations naturelles : 1° celles qui n'ont jamais eu d'autre caractère; 2° celles qui ont perdu la sanction qu'elles avaient antérieurement.

1° Les faits qui empêchent la concession du droit d'action sont : *a*) l'incapacité du débiteur. L'esclave (p. 129, 5), la femme *sui juris* en tutelle, le mineur de vingt-cinq ans pourvu d'un curateur permanent (5), le fils de famille qui emprunte de l'argent contrairement au Sc. Macédonien ne s'obligent que naturellement. Il en est de même de l'impubère *sui juris* sorti

(1) 28 Quæst., D., XLVI, 3, 95, 4. Il en conclut que l'obligation naturelle s'éteint par un simple pacte.

(2) 2 Poster. Lab., D., XXXV, 1, 40, 3 : *Ego puto, secundum mentem testatoris, naturale magis quam civile debitum spectandum esse.* Servius admet pourtant (p. 338, 2) qu'on doit déduire du pécule les dettes de l'esclave envers son maître. Le rapprochement de ces deux textes prouve que Servius n'attribuait pas à l'obligation formée entre l'esclave et son maître une portée générale. C'est donc à tort que Mandry (I, 371) et Karlowa (II, 111) font remonter au temps de Cicéron la notion d'obligation naturelle.

(3) Jul., 53 Dig., D., XLVI, 3, 16, 3-4. L'obligation naturelle, susceptible d'après ce texte de donner lieu à une action, est celle qui est contractée par l'esclave administrateur d'un pécule. Cf. sur l'interprétation de ce texte et sur l'interprétation de sa partie finale, Gradenwitz, *Natur und Sklave bei der* naturalis obligatio, 1900.

(4) Ap. Paul, D., XXXV, 2, 1, 17.

(5) Pour le prodigue, la question est discutée. Cf. Audibert, *Etudes*, I, 266.

de l'*infantia* qui a contracté sans son tuteur (1) : d'après un rescrit d'Antonin, l'obligation ne vaut comme obligation civile que dans la mesure de l'enrichissement du pupille (p. 154, 2) : dans tout autre cas, c'est une simple obligation naturelle qui peut être l'objet d'un payement, d'une novation (2), d'une fidéjussion (3). — *b*) L'existence d'un rapport de puissance paternelle entre le créancier et le débiteur. Aucune action en justice n'est possible entre deux personnes dont l'une est sous la puissance de l'autre. Il en est de même pour une obligation contractée entre personnes soumises à la puissance d'un même chef (4). — *c*) L'inobservation des formes usitées pour la création d'un contrat (5). C'est le cas du simple pacte (*nudum pactum*) (6).

2° Il y a plusieurs cas où la loi retire à une obligation la sanc-

(1) Jul., ap. Pomp., 18 Epist., D., XII, 2, 42 pr.; Paul, 12 Quæst., D., XXXV, 2, 21 pr.; Pap., 18 Quæst., D., XXXVI, 2, 25, 1. Certains auteurs contestent ce dernier cas ou tout au moins prétendent que les jurisconsultes furent divisés. Lic. Ruf. (8 Reg., D., XLIV, 7, 58); Ner. (6 Membr., D., XII, 6, 41), semblent nier l'existence d'une obligation naturelle. Mais, dans le premier texte, on recherche, non pas si l'emprunt fait par un pupille engendre une obligation naturelle, mais s'il engendre une obligation. On aurait pu soutenir que la numération des deniers donnait naissance à une obligation munie d'action contre le pupille. Licinius repousse cette opinion ; pour lui le pupille est incapable, qu'il s'agisse d'un contrat du *jus gentium* ou du *jus civile*. Quant au second texte, si Neratius autorise la répétition de l'indu, c'est que le pupille est incapable d'aliéner et que, dans l'espèce, il s'agit d'un payement fait avant la puberté.

(2) Pap., D., XLVI, 3, 95, 4; Ulp., D., XXXIX, 5, 19, 4; D., XLVI, 2, 1, 2.

(3) Pomp., 22 ad Sab., D., XLVI, 1, 2; Scæv., 5 Quæst., D., XLV, 1, 127.

(4) Jul., ap. Afr., 9 Quæst., D., XII, 6, 38 pr., 1-2.

(5) Aucun texte ne dit que le simple pacte engendre une obligation naturelle, mais plusieurs décisions donnent lieu de croire que cette obligation a été admise au moins dans deux cas d'une application fréquente. L'un est le pacte de liberté par lequel l'esclave promet une somme à son maître pour obtenir sa liberté : l'obligation qui en résulte peut être l'objet d'une *expromissio* (Gaius, 9 ad Ed. prov., D., XVI, 1, 13 pr.). L'autre se rapporte au pacte d'intérêts (Sev., Car., ap. Ulp., 43 ad Sab., D., XLVI, 3, 5, 2). Ulpien applique le rescrit aux intérêts qui n'ont pas été stipulés, mais promis par un pacte : ces intérêts ne peuvent être répétés quand ils ont été payés (cf. Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 7, 11, 3). On a objecté Ulp., 48 ad Ed., D., XLV, 1, 1, 2. Une stipulation, nulle pour vice de forme, vaut, dit-on, comme simple pacte; car dans toute stipulation il y a deux choses : l'accord des volontés et la forme : or, si le pacte produit une obligation naturelle, toute stipulation, nulle pour vice de forme, devrait aussi donner lieu à une telle obligation; mais Ulpien le nie. Cette conclusion serait juste si l'on prouvait que, dans l'espèce, il y a eu accord des volontés; or celui qui s'est abstenu de prononcer les paroles qu'il savait nécessaires pour la formation du contrat, n'a pas entendu acquiescer à la demande.

(6) Ce cas devait se présenter rarement dans la pratique, car de deux choses l'une : ou le pacte est synallagmatique, ou il est unilatéral. Dans le premier cas, chacune des parties s'oblige sous la condition que l'autre accomplira sa promesse : donc, tant que le pacte n'est pas exécuté, il n'engendre ni obligation civile ni obligation naturelle; mais dès qu'il est exécuté par l'une des parties, un contrat innomé se forme, et il n'est plus question d'obligation naturelle. Dans le second cas, s'il était à titre gratuit, la loi Cincia l'empêchait le plus souvent de produire une obligation naturelle. Il fallait donc que le pacte fût unilatéral, à titre onéreux, pour qu'il pût produire une obligation naturelle.

tion qu'elle lui avait accordée : tels sont les cas de *capitis deminutio* (1), de *deductio in judicium* (2), d'absolution inique prononcée par un juge (3).

§ 3. *Effets des obligations naturelles.* — Les obligations naturelles sont susceptibles de produire les mêmes effets que les obligations civiles, hormis le droit d'action. *a*) De tous ces effets, le plus ordinaire, c'est le payement. Une obligation naturelle peut servir de base à un payement valable : la loi protège le créancier qui a reçu son payement contre toute réclamation du débiteur. Celui qui paye en connaissance de cause ne fait pas une donation (4) ; celui qui paye par erreur ne pourra exercer la répétition de l'indû. *b*) L'obligation naturelle peut être l'objet d'une novation, d'un pacte de constitut (5). *c*) Elle peut être garantie par un gage ou une hypothèque (6), par une caution (7). *d*) Elle peut donner lieu à une sorte de payement forcé, à la compensation.

Ce serait toutefois une erreur de croire que toutes les obligations naturelles produisent les mêmes effets et tous ces effets. En principe, chaque obligation naturelle ne produit que les effets qui ne sont pas incompatibles avec le motif qui a porté le législateur à lui refuser une sanction. Aussi la compensation sera-t-elle rarement permise (8) ; on ne peut garantir par un gage l'obligation qui survit à l'absolution inique du débiteur (9).

VI. Sources des obligations. — Au début de l'Empire, la jurisprudence classe les obligations d'après leur mode de formation : les unes résultent d'un délit (*delictum, malefi-cium*) ; les autres, soit d'un acte matériel, impliquant la prononciation de certaines paroles comme la stipulation, ou la remise d'une chose comme le *mutuum* et le payement de l'indu, soit d'un acte synallagmatique, comme la vente ou le louage (10).

Cette classification était très imparfaite ; si Labéon s'en contente, Pedius en fait la critique et réussit à la perfectionner. Tandis que Labéon, s'attachant à un critérium purement externe,

(1) Ulp., 12 ad Ed., D., IV, 5, 2, 2.
(2) Venul., 15 Stip., D., XLVI, 8, 8, 1 ; Pap., 9 Quæst., D., XV, 1, 50, 2.
(3) Paul, 32 ad Ed., D., XII, 6, 28 ; Jul., ap. Paul, 3 Quæst., *eod.*, 60 pr. Si, dans ce texte, Julien parle d'un *verus debitor* après un jugement d'absolution, c'est qu'il suppose que le juge n'a pas eu à examiner le fond de l'affaire : le demandeur a été débouté pour cause de *plus petitio* ou par une exception *litis dividuæ*.
(4) Ulp., 76 ad Ed., D., XXXIX, 5, 19, 3 ; Jul., D., XLVI, 1, 16, 4.
(5) Ulp., 46 ad Sab., D., XLVI, 2, 1, 1 ; 27 ad Ed., D., XIII, 5, 1, 7.
(6) Marc., D., XX, 1, 5 pr.
(7) Jul., 53 Dig., D., XLVI, 1, 16, 3 ; Scæv., 1 Resp., *eod.*, 60.
(8) Ulp., 30 ad Sab., D., XVI, 2, 6. Deux exemples dans Paul, 16 ad Plaut., D., XL, 7, 20, 2 ; 32 ad Sab., *eod.*, 9 pr. Cf. Appleton, *Compensation*, 67.
(9) Tryph., 8 Disp., D., XX, 6, 13.
(10) Lab., ap. Ulp., 11 ad Ed., D., L, 16, 19. Cf. Inst., III, 14, 1.

distingue entre la stipulation ou le *mutuum* et la vente, et met sur la même ligne le payement de l'indû et le prêt, Pedius recherche le critérium interne qui servira de base à la classification. Il fait observer que la stipulation n'est pas d'une autre nature que la vente, car elle implique un accord de volontés, une convention; elle est donc un contrat, puisqu'elle est sanctionnée par une action (1). On oppose dès lors aux obligations délictuelles celles qui proviennent d'une convention sanctionnée par le droit civil : cette convention reçoit le nom de contrat (2).

L'adoption du critérium proposé par Pedius eut pour effet d'exclure de la classification les obligations qui ne résultaient ni d'un délit, ni d'un contrat, mais d'un acte licite, tel que le payement de l'indu, ou d'un acte illicite d'après l'édit du Préteur (3). Aussi Gaius, qui, dans ses Commentaires, déclare que toute obligation provient d'un contrat ou d'un délit, reconnaît-il, dans ses *Aurei*, qu'on peut également être tenu *proprio quodam jure, ex variis causarum figuris*. Il divise ces nouvelles causes d'obligations en deux groupes : le premier comprend les cas où l'on est obligé *quasi ex contractu* (4) ; le second, ceux où l'on est obligé *quasi ex delicto* (5). A vrai dire, ces obligations sont imposées par la loi; mais comme elles produisent des effets analogues à ceux des contrats ou des délits, on les appelle obligations quasi contractuelles ou quasi délictuelles.

A ces nouvelles causes d'obligations, il faut joindre les pactes prétoriens (6), les contrats innomés et les pactes adjoints aux

(1) Ap. Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 1, 3. Cf. Pomp., 4 ad Q. Muc., D., XLVI, 3, 80; Ulp., 48 ad Ed., D., XLV, 1, 1, 3 : *Stipulatio contracta*; Jav., 12 Ep. D., XLIV, 7, 53 : *Sive ea venditio, sive quælibet alia causa contrahendi fuit.*

(2) Gaius, III, 89. Cf. Ulp., D., II, 14, 1, 2.

(3) La *rapina* fait exception : on la range parmi les délits (Gaius, III, 182), sans doute parce que c'est une simple variété du *furtum*.

(4) Gestion d'affaires, tutelle, adition d'hérédité, payement de l'indu (Gaius, 3 Aur., D., XLIV, 7, 5 pr.; 1-3).

(5) Juge qui *litem suam facit* (Gaius, *eod.*, 5, 4). Contravention aux édits *de effusis et dejectis, de posito et suspenso,* sur les *nautæ, caupones, stabularii* (*ibid.*, 5. 5-6. Cf. D., IV, 9, 1 pr.).

(6) S'ils ne figurent pas dans la classification de Gaius, cela vient sans doute de ce que l'obligation née du pacte de constitut ou de serment eut d'abord un caractère délictuel, comme celle qui résulte du *receptum nautarum*. Peut-être Gaius en parlait-il à la fin du fragment inséré au Digeste. Lorsque plus tard on attribua à ces obligations un caractère contractuel, on chercha à élargir la classification précédemment admise, mais sans aboutir à un résultat satisfaisant (Mod., 2 Reg., D., XLIV, 7, 52 pr.) : *Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut jure honorario, aut necessitate, aut ex peccato.* Cette classification est loin d'avoir la netteté de celle de Gaius : certains termes se confondent, comme *necessitas* et *lex;* d'autres sont un vestige d'une doctrine condamnée par Pomponius : lorsqu'un *mutuum* est suivi d'une stipulation, l'obligation ne se forme pas *re et verbis* ou *conjunctim* (cf. Ulp., 26 ad Sab., D., XII, 1, 9, 3), mais uniquement *verbis* (24 ad Sab., D., XLVI, 2, 7. Cf. Ulp., *eod.,* 6, 1 : *Unus contractus est*).

contrats. Il y a enfin deux cas où la simple promesse est obligatoire, indépendamment de toute acceptation : la promesse faite à une divinité sous forme de vœu (I, 423, 1 ; 193, 3) ou à une cité (*pollicitatio*) (1).

La distinction des obligations contractuelles et délictuelles est importante à plusieurs points de vue : 1° les premières sont transmissibles aux héritiers (2) ; les secondes ne se donnent pas contre les héritiers de l'auteur du délit (3) ; 2° le chef de famille n'est tenu des obligations contractées par son fils ou par son esclave que dans les cas où l'on donne contre lui une action *adjectitiæ qualitatis;* il n'est pas obligé par leurs délits, mais il peut être tenu de faire l'abandon noxal ; 3° lorsqu'il y a pluralité de débiteurs, chacun d'eux est tenu pour sa part virile des obligations contractuelles, *in solidum* des obligations délictuelles.

La distinction des contrats et des délits n'a d'ailleurs pas toujours eu le même sens qu'en droit moderne; elle n'a pas non plus la même netteté. Cela tient à ce que les Romains ont pendant longtemps considéré les obligations délictuelles comme destinées, non pas seulement à indemniser la victime du préjudice qu'elle a subi, mais surtout à infliger une peine. Bien qu'ils se soient efforcés, à l'époque classique, de séparer l'indemnité de la peine, ils n'y ont pas réussi aussi complètement que le droit moderne : on trouve des traces de la confusion primitive dans l'action de la loi Aquilia et dans l'action de dol.

CHAPITRE II

Les contrats.

I. Notion du contrat. — Le contrat est une convention créatrice d'obligations et sanctionnée par le droit civil (4). *a*) C'est une convention, c'est-à-dire un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes (5) ; *b*) une convention créatrice d'obliga-

(1) Ulp., 4 Disp., D., L, 12, 3 : *Pollicitatio... offerentis solius promissum ; illud est constitutum ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur ; Ibid.*, 3, 1 : *Voluntates in civitates collatas pœnitentia non revocari.*

(2) Paul, 18 ad Plaut., D., XLIV, 7, 49.

(3) Gaius, 2 ad Ed. prov., D., L, 17, 111, 1. Cf. t. Ier, 698.

(4) Le mot contrat eut d'abord une acception plus restreinte : il désigna un acte synallagmatique (p. 353, 2). Ulpien oppose encore le *mutuum* au *contractus* (6 ad Ed., D., L, 16, 10). Mais Gaius (D., XLIV, 7, 4), Papinien (D., I, 3, 1), Paul (*eod.*, 49 ; D., V, 1, 20), Ulpien lui-même (26 ad Ed., D., XII, 5, 2, 2) donnent à ce mot une large acception.

(5) Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 1, 2. Le principe de la liberté des contrats souffre

tion (1), par opposition aux conventions qui ont pour objet d'éteindre ou de modifier un droit : la convention est le genre (2), le contrat est l'espèce; *c*) une convention sanctionnée par le droit civil (3) : c'est là une différence profonde avec le droit moderne. Aujourd'hui les conventions légalement formées tiennent lieu de lois à ceux qui les ont faites : on peut en réclamer l'exécution en justice. A Rome, *ex nudo pactio inter cives Romanos actio non oritur* (4).

II. Conditions de formation des contrats. — Deux conditions sont requises : l'une relative au consentement, l'autre à l'objet. Celle-ci est déjà connue; l'objet du contrat doit présenter les mêmes caractères que l'objet de l'obligation. Quant au consentement, c'est un élément essentiel à tout contrat : il faut que les parties soient en communauté de sentiments (*cum sentire*).

Sauf pour les contrats *verbis,* il n'est pas nécessaire que les parties soient présentes : elles peuvent manifester leur consentement d'une manière quelconque, expressément ou tacitement, par un signe de tête, par lettre ou par messager (5). Le *nuntius* n'est pas un représentant : c'est plutôt le porte-voix de l'expéditeur (6) : il n'y a donc pas dérogation à la règle d'après laquelle on ne peut acquérir une créance ni être obligé par l'intermédiaire d'autrui.

Il y a certains cas où l'accord des volontés n'existe qu'en apparence : 1° si l'un des contractants est fou; 2° s'il a manifesté sa volonté *per jocum;* 3° s'il y a eu erreur sur l'identité de l'objet du contrat (*error in corpore*) : chacune des parties a eu en vue un objet différent; 4° s'il y a erreur sur la nature du contrat : l'une des parties entend faire un dépôt, l'autre recevoir un prêt; 5° s'il y a erreur sur la personne avec laquelle on entend contracter (*error in persona*) (7). Cette erreur, très rare dans la pratique, ne se conçoit pas dans la stipulation où les par-

quelques exceptions : une stipulation peut en certains cas être imposée par le magistrat ou par le juge. C'est un expédient destiné à combler des lacunes de la loi ou de la procédure (Inst., III, 18. D., XLVI, 5).

(1) Il n'y a pas contrat là où il n'y a pas volonté de s'obliger. Ulp., 71 ad Ed., D., XVII, 1, 10, 7 : *Qui non animo procuratoris intervenit, sed affectionem amicalem promisit... mandati non teneri.*

(2) Ulp., D., II, 14, 1, 3. Les conventions qui ont pour objet un droit réel ou de famille ne sont pas en général créatrices d'obligations.

(3) La convention sanctionnée par le Préteur n'est qu'un pacte prétorien.

(4) Paul, II, 14, 1. Art. 1134 C. civ.

(5) Lab., ap. Paul, 3 ad Ed., D., II, 14, 2 pr.; Gaius, III, 136; Mod., 2 Reg., D., XLIV, 7, 52, 10. Souvent on rédige un écrit pour constater l'acte qui vient d'être conclu : cet écrit n'est qu'un moyen de preuve (Gaius, D., XXII, 4, 4).

(6) Paul, 29 ad Ed., D., XIII, 5, 15 : *Ministerium tantum... præstare videtur.*

(7) Ulp., 7 Disp., D., XII, 1, 18, 1. — Cels., 5 Dig., *eod.*, 32.

ties sont en présence l'une de l'autre. Dans tous ces cas, le contrat est nul parce que l'accord des volontés n'a pu se produire.

Il en est autrement lorsque l'erreur porte sur la *substance* de la chose, par exemple, lorsqu'on achète un objet en cuivre, croyant qu'il est en or. L'erreur ici affaiblit le consentement sans le détruire; elle constitue, en droit moderne, un vice du consentement (1). A Rome, elle n'a jamais été prise en considération ni dans la stipulation, ni dans le gage (2) ; elle ne l'a pas été dans la vente jusqu'à la fin du II[e] siècle (3). Mais Ulpien proteste contre cette doctrine : il admet que l'erreur sur la substance entraîne la nullité de la vente. Ulpien entend d'ailleurs le mot substance d'une façon très étroite : c'est la matière dont la chose est formée (4). Si Ulpien ne laisse pas au juge la faculté d'apprécier, suivant les circonstances, ce qui constitue la substance d'une chose, c'est qu'à son avis la volonté de l'acheteur n'est pas seulement affaiblie, viciée par l'erreur sur la substance: elle est détruite (5).

III. Conditions de validité. — Ces conditions sont les unes particulières aux contrats, les autres communes à tous les actes juridiques. Les premières sont relatives à la cause, à la capacité, à l'absence de violence et de dol.

§ 1[er]. *Cause.* — La cause, exigée pour la validité d'un contrat, est tout autre chose que le motif qui nous détermine à le conclure. Le motif est indifférent ; la cause a une influence décisive

(1) Code civil, a. 1110; Code civil allemand, a. 119. Cf. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 12.

(2) Ulp., 40 ad Sab., D., XIII, 7, 1, 2; Paul, 9 ad Sab., D., XLV, 1, 22. Si l'erreur est le résultat d'un dol du stipulant, le promettant se prévaudra de la *doli clausula* pour réclamer une indemnité.

(3) Marcel., ap. Ulp , 28 ad Sab., D., XVIII, 1, 9, 2.

(4) Si l'on achète du bronze pour de l'or, du vinaigre pour du vin, la vente est nulle; elle est valable si l'on achète du vin piqué pour du vin, des vêtements vieux comme s'ils étaient neufs, une table en bois ordinaire alors qu'on la croit en bois de citronnier. S'il s'agit d'esclaves, c'est le sexe qui forme la substance. La doctrine d'Ulpien, tout en constituant un progrès, laissait l'acheteur sans protection dans plusieurs cas où sa situation était digne d'intérêt. En droit français, on prend le mot substance dans un sens plus large : il désigne les qualités que les parties ou l'une d'elles ont eues principalement en vue lors du contrat.

(5) Ulpien exagère l'effet de l'erreur, il dépasse la mesure, mais pour suppléer à l'insuffisance de la loi, pour donner une décision conforme à l'équité. La loi romaine n'ayant pas considéré l'erreur comme un vice du consentement, on n'eut d'autre ressource, dans les cas où il parut nécessaire d'en tenir compte, que d'affirmer qu'elle détruisait le consentement. On appliquait alors la règle qui annule le contrat pour défaut de consentement. Le procédé suivi par Ulpien semble n'avoir plus de raison d'être : il est cependant encore employé par la Cour de cassation comme un moyen de satisfaire aux besoins de la pratique, en attendant que le législateur songe à réformer tel ou tel article de nos codes (Voir Cass., 7 février 1883. Cf. Machelard, *Servitudes*, p. 109; Planiol, I, n° 1927).

sur le sort du contrat : elle varie suivant que le contrat est ou non solennel, à titre onéreux ou gratuit. Elle consiste soit dans un élément formel (paroles, écriture), soit dans un élément réel (prestation reçue ou promise), soit dans un élément subjectif (*animus donandi*) (1). Pour être valables, les contrats *verbis* ou *litteris* doivent être faits dans les formes prescrites. Les contrats réels ou consensuels impliquent respectivement les uns la tradition d'une chose, les autres un échange de promesses (2) ayant un objet déterminé (3) : le contrat non solennel où manque l'un de ces éléments est nul. Il en est de même si la cause du contrat est contraire à la loi ou aux bonnes mœurs (4).

Cette notion de la cause se rapproche de la notion moderne (5). Si l'on fait abstraction des contrats solennels, elle a à Rome une importance et une signification particulières : la présence d'une cause est nécessaire pour justifier une dérogation à la règle qui refuse de sanctionner le simple pacte (6); elle a pour résultat d'étendre la faculté de réclamer l'intervention de la puissance publique afin d'assurer le respect d'une convention qui ne touche qu'à des intérêts privés. Chez nous au contraire, l'exigence d'une cause est une restriction à l'autonomie de la volonté privée (7).

(1) Javolenus cite la donation parmi les *causæ contrahendi* (D., XLIV, 7, 53). Certains jurisconsultes vont jusqu'à dire que le donateur acquiert un *beneficii debitor* (Gaius, 13 ad Ed. prov., D., XLVII, 2, 54, 1), et que *ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligavit* (Ulp., 15 ad Ed., D., V, 3, 25, 11).

(2) La réciprocité des prestations est, pour les anciens jurisconsultes, le critérium auquel on reconnaît un contrat (Serv., ap. Gell., IV, 4, 2; Ulp., D., L, 16, 19) : *Labeo definit... contractum... ultro citroque obligationem, quod Græci* συνάλλαγμα *vocant, veluti emptionem* .. Il en est de même du mandat (Gaius, III, 155) : *Invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi, vel te mihi, bona fide præstare oportet.* Ariston conclut de l'existence d'une cause de ce genre à l'existence d'un contrat : *Si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem; utputa dedi tibi rem ut mihi aliam dares... hoc* συνάλλαγμα *esse et hinc nasci civilem obligationem* (ap. Ulp., D., II, 14, 7, 2).

(3) Que les actes juridiques aient chacun un contenu distinct, cela ressort des textes relatifs à l'application de la loi Cincia : il y avait intérêt à savoir si l'on était en présence d'une vente, d'un louage ou d'une donation (Pap., 29 Quæst., D., XXXIX, 5, 27) : *Dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum* (Paul, V, 11, 6. Cf. Costa, *Papiniano*, 1899, IV, 177).

(4) Pomp., ap. Ulp., 30 ad Sab., D., XVII, 2, 57. Cette règle a été appliquée *ex officio Prætoris* à la stipulation : le Préteur doit *denegare actionem* (Pomp., 22 ad Sab., D., XLV, 1, 27 pr.).

(5) Cf. Bufnoir, *Propriété et contrat*, 1900, p. 527.

(6) C'est en ce sens qu'une *causa civilis* est exigée pour la naissance d'une obligation (Pomp., 4 ad. Q. Muc., D., XV, 1, 49, 2).

(7) Cette restriction a été critiquée (Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, 1078) : elle ne se justifie guère dans une législation comme la nôtre, qui sanctionne toutes les conventions qui ne sont contraires ni à la loi ni aux bonnes

Cette restriction n'existait pas à Rome ; il dépendait des parties de faire un contrat sans cause en employant la forme si usuelle de la stipulation. Il y avait là une facilité qui répondait à certains besoins de la pratique (1) : on en a limité l'application pour ne pas aboutir à des résultats contraires à l'équité. La convention des parties (2), et à défaut la jurisprudence (3), ont subordonné dans certains cas la validité de la stipulation à l'existence d'une cause déterminée. A Rome, comme en droit moderne, les obligations abstraites sont restées l'exception. Au IIIe siècle, on alla plus loin : lorsque le débiteur prétend que la stipulation est sans cause, on impose au créancier la preuve contraire (4). Désormais, les contrats solennels furent, au point de vue de la cause, traités comme les contrats non solennels.

§ 2. *Capacité.* — Les règles générales relatives à la capacité de droit et de fait requise pour contracter ont été exposées à propos du droit des personnes (p. 69). Il suffira d'indiquer ici la situation particulière faite aux fils et aux filles de famille.

1° Les fils de famille, qui anciennement étaient comme les esclaves incapables, sont en droit classique capables de contracter (I, 192). Mais leurs engagements sont soumis à une triple restriction résultant de l'édit du Préteur, du Sc. Macédonien et de la jurisprudence. D'après l'édit, le fils de famille, qui a été émancipé ou exhérédé ou qui s'est abstenu de l'hérédité paternelle, jouit du bénéfice de compétence pour les actions qu'il a contractées alors qu'il était en puissance; et encore l'action

mœurs. Elle a été écartée par le Code civil allemand (a. 138), qui invite seulement le juge à rechercher si le contrat ne porte pas atteinte aux bonnes mœurs, entendues dans le sens le plus large (Cf. Saleilles, *Déclaration de volonté*, p. 251).

(1) Si la validité du contrat est subordonnée à l'existence d'une cause, le créancier ne pourra en obtenir l'exécution avant d'avoir fait la preuve souvent difficile de cette cause : de là des retards pour le recouvrement de ce qui lui est dû. Pour obvier à cet inconvénient, le droit moderne admet qu'une obligation peut être détachée de sa cause, qu'elle est valable sans qu'on ait à prouver l'existence de cette cause. Le résultat qu'on obtient aujourd'hui grâce au chèque, et en certains pays grâce à la lettre de change, les Romains l'obtenaient par la stipulation. Le débiteur qui avait dit : *dare spondeo*, était présumé avoir agi à bon escient. Le juge n'avait pas à rechercher en dehors des paroles prononcées la cause réelle de l'obligation.

(2) Le débiteur peut demander l'insertion de la cause dans la formule de la stipulation : *C quæ ex vendito mihi debes, spondesne dare?* C'est la *stipulatio debiti*. Dans ce cas, le juge doit s'assurer que les cent sesterces étaient dus réellement en vertu d'une vente.

(3) La jurisprudence vint au secours du débiteur imprudent qui avait promis sur stipulation par suite d'une erreur ou en vue d'un événement qui ne s'est pas réalisé (*ob causam*) : elle lui permet d'exercer une *condictio* pour se faire libérer de la dette contractée sans cause (Jul., D., XII, 7, 3), ou de repousser par une *exceptio doli* la demande en prouvant le défaut de cause de son obligation.

(4) Carac., C., IV, 30, 3.

n'est-elle donnée contre lui que *cognita causa* (1). Le Sc. Macédonien a retiré aux fils de famille la capacité d'emprunter de l'argent. Enfin la jurisprudence a limité la responsabilité du père de famille en raison des engagements contractés par son fils impubère administrateur d'un pécule : il n'est tenu que dans la mesure de l'enrichissement du pécule (2).

2° Les filles de famille sont restées incapables de s'obliger. On ne pouvait les relever de leur incapacité alors que les femmes *sui juris* elles-mêmes étaient incapables de s'obliger sans l'*auctoritas* de leur tuteur (I, 192). La question autrefois discutée est aujourd'hui tranchée par un passage du manuscrit de Gaius déchiffré par Studemund. L'incapacité de la fille de famille a subsisté sans doute aussi longtemps que la tutelle des femmes (3); elle n'existe plus sous Justinien.

§ 3. *Absence des vices de violence et de dol.* — Cette condition est étrangère au droit civil : elle a été introduite par le Préteur dans les contrats de droit strict, par l'usage des arbitres dans les contrats de bonne foi.

a) *Violence.* — Le Préteur distingue deux sortes de violence : la violence physique (*vis*) et la violence morale (*metus*). La première consiste en un mal présent infligé à la personne : elle réduit celui qui en est l'objet à un état passif (4); elle détruit la volonté et empêche le contrat de se former. La seconde consiste à inspirer la crainte actuelle d'un mal imminent : elle affaiblit la volonté sans la détruire (5). C'est un vice du consentement. Le débiteur qui a contracté sous l'empire d'une violence morale peut refuser d'exécuter sa promesse : le Préteur lui accorde l'exception *quod metus causa;* il lui permet aussi d'attaquer le

(1) Ulp., 29 ad Sab., D., XIV, 5, 2 pr.

(2) Ulp., 29 ad Ed., D., XV, 1, 1, 4.

(3) Gaius, III, 104. Le texte d'Ulpien (D., XIV, 6, 9, 2), invoqué autrefois par Savigny (*System*, II, 434), ne prouve pas la disparition de l'incapacité au IIIe siècle; il applique aux filles de famille le Sc. Macédonien; d'où Savigny concluait qu'elles étaient de son temps capables de contracter comme les fils de famille. Mais la suite du texte montre qu'Ulpien songeait, non pas à une action donnée contre la fille en raison du contrat, mais à une action donnée contre son père en raison de l'enrichissement du pécule. Le droit commun permet en effet aux tiers qui ont prêté de l'argent à un fils de famille d'agir contre le père dans la mesure où cet argent a profité au pécule. C'est cette action qu'Ulpien refuse en disant qu'il n'y a pas à rechercher si l'argent a été dissipé ou s'il est dans le pécule. Le texte prouve donc que l'incapacité des filles est plus grande que celle des fils. Cf. Mandry (*Familiengüterrecht*, I, 348) et le texte qu'il cite pour établir la persistance de l'incapacité de la fille sous Dioclétien (C., IV, 26, 11).

(4) Paul, 1 Sent., D., IV, 2, 2 : *Vis autem est majoris rei impetus, qui repelli non potest.*

(5) Paul, 11 ad Ed., D., IV, 2, 21, 5 : *Quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui.*

contrat par l'action *quod metus causa*. Trois conditions sont nécessaires : 1° le mal dont on est menacé doit être considérable (la mort, la prison) (1) ; 2° la violence doit être de nature à faire impression sur une personne raisonnable (2) ; 3° elle doit résulter de l'intervention d'une personne en vue de déterminer l'acte attaqué (3).

b) *Dol*. — Le dol, d'après les contemporains de Cicéron, consiste à simuler une chose et à en faire une autre (4). C'est un moyen de tromper la personne avec laquelle on traite, de lui causer un préjudice. Cette notion a été élargie par Labéon : pour lui, le dol résulte de tout acte contraire à l'usage des honnêtes gens, et destiné à circonvenir, à tromper, à décevoir quelqu'un (5). Cette définition est restée traditionnelle. Sabinus l'a précisée en ajoutant qu'il n'est pas nécessaire que l'auteur du dol ait agi dans un intérêt personnel (6).

En matière de contrats, le dol consiste à induire une personne en erreur (7) pour obtenir son consentement (8). En droit strict, le dol n'est qu'un vice du consentement : il n'empêche pas la formation du contrat. Celui qui en est victime n'a qu'à s'en prendre à lui-même de son défaut de prudence ; aussi l'ancien droit ne venait-il à son secours que dans un petit nombre de cas (I, 567,2). Vers la fin de la République, le Préteur promit à toute personne qui aurait été victime d'un dol, une action pénale et une exception contre l'auteur du dol (9). La jurisprudence fit mieux encore : la victime du dol a le choix entre la rescision du contrat et la diminution du prix (10). Elle peut

(1) Lab., ap. Ulp., 11 ad Ed , *h. t.*, 5 ; 7, 1 ; Paul, *h. t.*, 4 ; 22 ; 8, 2 Peu importe que le mal menace notre personne ou celle d'un de nos enfants (*Ibid.*, 8, 3).

(2) Gaius, 4 ad Ed. prov., *h. t.*, 6 ; Ped., ap. Ulp., 7 pr. On ne s'occupe pas des craintes d'un esprit faible, sans consistance.

(3) Ulp., *h. t.*, 14, 3.

(4) Aquil., ap. Cic., *de off.*, III, 14 ; Serv., ap. Ulp., 11 ad Ed., D., IV, 3, 1, 2.

(5) Ap. Ulp., *eod.* ; Treb., ap. Paul, *eod.*, 18, 4. A côté du dol positif, il y a le dol négatif qui consiste en une réticence intentionnelle et de mauvaise foi (Flor., 8 Inst., D., XVIII, 1, 43, 2. Code de commerce : 348).

(6) Ap. Gaium, 27 ad Ed. prov., *h. t.*, 39.

(7) En théorie, on pourrait faire rentrer le dol dans l'erreur, mais à Rome, où l'erreur n'est pas un vice du consentement, il était utile de mettre à part l'erreur conséquence d'un dol. En droit moderne, la distinction de l'erreur et du dol permet de tenir compte de certaines erreurs qui par elles-mêmes ne seraient pas suffisantes pour annuler le contrat.

(8) C'est le *dolus malus*. Il n'y a pas à s'occuper du *dolus bonus* qui consiste dans une certaine habileté, par exemple celle du vendeur qui cherche à faire valoir sa marchandise pour en tirer un meilleur prix (*Veteres*, ap. Ulp., *h. t.*, 1, 3).

(9) Dans les actions de bonne foi, l'exception de dol n'a pas besoin d'être insérée dans la formule, elle y est sous-entendue : *Doli exceptio (inest)... bonæ fidei judiciis* (Cels., ap. Ulp., 3 Disp., D., XXIV, 3, 21 ; Jul., 33 Dig., D., XXX, 84, 5).

(10) Ulp., 11, 32 ad Ed., *h. t.*, 7, 3 ; 9 pr. ; D., XIX, 1, 13, 4. On sou tena

d'abord attaquer le contrat, en demander la rescision, avec dommages-intérêts s'il y a lieu, et cela non plus par l'action de dol, mais par l'action du contrat : au lieu d'une action pénale, elle a une action contractuelle bien préférable, car elle est perpétuelle et transmissible pour le tout. Mais pour être une cause de rescision du contrat, le dol doit émaner de l'une des parties contractantes (1) : c'est là une différence entre le dol et la violence (2). Si la victime du dol a intérêt au maintien du contrat (3), elle peut demander une diminution proportionnelle du prix, ou une indemnité équivalente à la différence entre le prix payé et la valeur réelle de la chose ; c'est la juste réparation du préjudice causé.

§ 4. *Conditions communes à tous les actes juridiques.* — Anciennement, pour qu'un acte juridique fût valable, il fallait : 1° qu'il fût fait sans désemparer (*uno contextu*) (4) ; 2° qu'il réunît, au moment de sa conclusion, les conditions requises par la loi pour sa formation (5) ; 3° qu'il produisît immédiatement ses effets juridiques (6), exception faite pour le testament qui, par sa

autrefois qu'il y avait lieu de distinguer le dol principal (*dolus causam dans*) et le dol incident : le premier est celui qui a déterminé l'une des parties à contracter, le second lui a fait accepter des conditions désavantageuses. D'après les uns, le dol principal rendrait le contrat nul, le dol incident le rendrait seulement attaquable ; d'après les autres (Vernet, *Textes choisis*, 1865, p. 235), le dol principal donnerait seul une action en rescision ; le dol incident, une action en indemnité. Mais les textes cités à l'appui de la distinction (Ulp., 13, 4 ; 11, 5) ne sont pas probants : dans les deux cas, l'objet vendu n'a pas la qualité en vue de laquelle on l'a acheté. Ce serait d'ailleurs restreindre la faculté de demander la rescision du contrat que d'imposer à la victime du dol l'obligation de prouver que le dol a eu pour effet de la déterminer à contracter.

(1) Si le dol émane d'un tiers, le contrat s'exécute comme s'il était pur de tout vice : l'exception *doli* ne peut être opposée au contractant qui n'a pas commis de dol ; l'action du contrat ne peut être donnée contre l'auteur du dol, car on n'a pas contracté avec lui. On exercera contre lui l'action de dol pour le forcer à réparer le préjudice causé.

(2) Cette différence, consacrée par l'art. 1111, C. civ., vient, dit-on, de ce que la situation de la victime du dol est moins favorable : il n'est pas toujours possible de résister à la violence, tandis qu'avec de la prudence on peut ne pas se laisser duper (Cf. Ulp., D., IV, 2, 14, 3). A quoi l'on a répondu qu'il est plus facile de se défendre contre une violence ouverte que contre une erreur qui se cache sous des manœuvres insidieuses. Pourtant la distinction romaine a été maintenue par le code civil allemand (a. 123) pour une raison de « politique juridique ». On a dit qu'à certaines époques troublées, il n'est pas rare qu'un individu, agissant pour le compte d'un groupe d'intéressés, exige par menaces une promesse qui doit profiter à tous les autres (Cf. Saleilles, *op. cit.*, 61).

(3) Exemple : Ulp , 40 ad Sab., D., XXVI, 8, 5, 2.

(4) Cette règle est appliquée à la stipulation (Venul., 1 Stip., D., XLV, 1, 137 pr.), au testament (Ulp., 2 ad Sab., D., XXVIII, 1, 21, 3), à l'*auctoritas* du tuteur (t. Ier, 726, 2), à la constitution d'une servitude prédiale.

(5) Cf., pour les actes de dernière volonté, Jav., D., L, 17, 201 ; pour la stipulation, Paul, D., XLV, 3, 26. La sanction est la nullité (Paul, 8 ad Sab., D., L, 17, 29) : *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere* (t. Ier, 725, 1).

(6) Les *actus legitimi* ne comportent ni terme, ni condition (I, 151, 4 ; 725, 2).

nature, vise l'avenir. C'est ce qu'on appelle le principe de la simultanéité; il subsiste à l'époque classique (p. 201, 1) ; mais il a reçu des tempéraments sous l'influence d'une double doctrine : celle de la formation successive des actes juridiques, celle des rapports de droit en suspens.

1° Un acte juridique peut se former successivement de deux manières : les manifestations de volonté nécessaires pour sa formation se produisent soit avant que les conditions requises par la loi pour son efficacité soient réunies (testament), soit à des intervalles séparés (contrats entre absents, donation à cause de mort entre époux). Dans le premier cas, l'acte a un commencement d'existence dès que la manifestation de volonté s'est produite, mais il ne devient parfait que lorsque les conditions requises par la loi sont réalisées. Dans le second, les manifestations de volonté ne deviennent parfaites que par leur réunion à d'autres manifestations de volonté, ou lors de l'accomplissement de certains faits (1).

La doctrine de la formation successive des actes juridiques a reçu de nombreuses applications : d'abord admise en matière de testament, elle a servi à écarter certaines conséquences rigoureuses des règles sur la capacité du testateur (2), la révocation des testaments (3), l'affranchissement d'un esclave par un fils de famille (4), l'adition d'une hérédité déférée à un fils de famille ou à un esclave (5). Il y a là une série d'actes unilatéraux qui se forment successivement et qui ne deviennent parfaits que par la persistance de la volonté de celui qui les a entrepris.

La même doctrine a été appliquée aux actes bilatéraux. Le principe de la simultanéité était incompatible avec les exigences du commerce : c'était une entrave pour tous les actes qui ne

(1) La liberté laissée aux conjoints de se faire des donations à cause de mort (Gaius, 11 ad Ed. prov., D., XXIV, 1, 10) aurait pu servir à éluder la nullité des donations entre vifs : on décida que le donateur ne pourrait transférer de suite la propriété au donataire (Jul., ap. Pap., 15 Quæst., D., XXVIII, 5, 76; Ulp., D., XXIV, 1, 11 pr.). Si, en fait, le donateur avait entendu rendre de suite son conjoint propriétaire, l'acte se formait d'une manière successive et ne devenait parfait que par le prédécès du donateur (Ulp., 33 ad Sab., eod., 32, 6) : *Non impletam sed peremtam donationem.*

(2) Perte temporaire de la *testamenti factio* (Pap., 13 Quæst., D., XXXVII, 11, 11, 2). Ici la forme de l'acte conserve sa valeur jusqu'au moment où la volonté qu'elle a servi à manifester devient efficace.

(3) En exigeant que la révocation se fasse par un nouveau testament, on réserve au testateur la faculté de revenir à son premier projet *ut sit ambulatoria voluntas ejus usque ad vitæ supremum exitum.*

(4) Jul., 42 Dig., D., XL, 2, 4 pr. Ici, comme dans le cas précédent, la formation successive de l'acte a été admise par faveur.

(5) Jul., ap. Afr., D., XXIX, 2, 47. Cf. pour la *bonorum possessio* demandée par un mandataire ou par un gérant d'affaires, Afr., D., XLVI, 8, 24 pr., 1.

peuvent se parfaire aussitôt qu'ils sont commencés. Il empêche notamment de contracter entre absents. La jurisprudence se préoccupa de bonne heure d'écarter cette règle pour les contrats autres que la stipulation : elle admit que le consentement pourrait être manifesté par lettre ou par messager (p. 351, 5). Dans ce cas, le contrat se forme successivement : il n'est parfait qu'à la réception de la lettre ou du messager. Tant que le destinataire n'a pas connaissance de l'offre de l'expéditeur et ne l'a pas acceptée, l'accord n'existe pas. Si l'expéditeur meurt dans l'intervalle, il n'y a rien de fait (1).

La doctrine de la formation successive des actes juridiques permet aussi aux copropriétaires d'un fonds de constituer une servitude à des dates différentes, tandis que régulièrement ils devraient procéder simultanément à l'*in jure cessio* (p. 270, 7). Elle permet à celui qui a fait une tradition translative de propriété, de changer d'idée tant que l'*accipiens* n'a pas manifesté la volonté d'acquérir (p. 237, 7) ; à celui qui a fait une donation à cause de mort entre époux de révoquer la donation. La même doctrine s'applique, sous une distinction, aux actes juridiques qui dépendent d'un fait qui ne peut s'accomplir sans la volonté du débiteur : si l'acte est susceptible de se former successivement (vente à l'essai) (2), il deviendra parfait lorsque le fait dépendant de la volonté du promettant aura été réalisé; sinon, l'acte sera nul (promesse *si volam*) (3).

Enfin, cette doctrine est importante pour fixer la date d'un acte juridique (4). Dans les actes entre vifs qui exigent pour leur perfection une manifestation solennelle de volonté, l'acte n'est

(1) Cf. GAIUS, 2 Aur., D., XLIV, 7, 1, 15; JUL., 60 Dig., D., XXXIX, 5, 2, 6.

(2) Les textes paraissent contenir des décisions contradictoires : les uns déclarent la vente nulle (DIOCL., C., IV, 38, 13; cf. ULP., 28 ad Sab., D., XVIII, 1, 7 pr.), d'autres valident la vente *ad comprobationem* (INST., III, 23, 4) ou *ad gustum* (PAUL, 33 ad Ed., D., XVIII, 1, 34, 5). La divergence tient vraisemblablement à l'intention des parties : la vente est nulle lorsqu'elles n'ont pas eu l'intention de traiter actuellement (POMP., 16 ad Sab., D., XLIV, 7, 8); elle est valable dans le cas contraire (Cf. DERNBURG, I, 252; contra BUFNOIR, *Condition*, 125).

(3) JAV., 10 *Ep.*, D., XLV, 1, 108, 1 ; POMP., *loc. cit.*; VENUL., *eod.*, 137 pr.

(4) Il ne faut pas confondre la formation successive d'un acte juridique avec la formation successive d'un rapport de droit; un acte juridique peut être parfait alors que le rapport de droit qui en résultera est différé jusqu'à l'arrivée d'un événement certain ou incertain, d'un terme ou d'une condition. Une vente conditionnelle, par exemple, est parfaite en tant qu'acte juridique dès qu'il y a accord sur la chose et sur le prix, mais les obligations qui doivent en résulter sont en suspens (POMP., 9 ad Sab., D., XVIII, 1, 8 pr.; PAUL, 12 ad Sab., D., XLV, 1, 46 pr.). Parfois un rapport de droit commence à être en suspens au moment où l'acte juridique dont il résulte cesse de l'être. Telle est une institution d'héritier conditionnelle : le testament qui la renferme ne devient parfait qu'au décès du testateur; c'est à ce moment que le droit de l'héritier commence à être en suspens.

parfait que lorsque les volontés des diverses personnes intéressées ont toutes été manifestées (I, 726, 2). Dans les actes entre vifs non solennels, la date de l'acte dépend de l'intention du disposant : il peut faire dater l'acte du jour où il a traité ou du jour où l'acte est devenu parfait (1). Parmi les actes à cause de mort, il n'en est qu'un que l'on peut faire remonter au jour de sa conclusion : c'est la donation à cause de mort entre époux (2).

2° La doctrine des rapports de droit en suspens a une portée bien autrement large que la précédente. Elle a conservé toute sa valeur en droit moderne dans ses deux applications principales, la condition et le terme. L'une et l'autre constituent des manières d'être ou modalités des contrats et des actes juridiques en général. On les classe parmi les *causæ obligationum* (3) : nous allons les étudier à ce point de vue.

IV. Modalités des contrats. — On appelle modalités des contrats des modifications que la volonté des parties peut faire subir à l'obligation envisagée dans son existence, son exécution ou son objet. Ces modalités sont la condition, le terme, le *modus*, l'*accessio*. On a déjà parlé du *modus* qui désigne ici l'alternative, et de l'*accessio personæ* (4) qui donne au débiteur la faculté de se libérer entre les mains d'un tiers (*adjectus solutionis gratia*). On ne s'occupera que des modalités les plus importantes : la condition et le terme.

§ 1er. *Condition.* — La condition est un événement futur et incertain duquel la volonté des parties fait dépendre la naissance ou l'extinction d'une obligation.

C'est un événement futur : l'acte, subordonné à un événement présent ou passé mais inconnu des parties, n'est conditionnel qu'en apparence : il ne dépend plus des hasards de l'avenir. Les parties n'ont qu'une vérification à faire : si l'événement s'est réalisé, le contrat sera considéré comme pur et simple

(1) Hypothèque constituée pour sûreté d'une ouverture de crédit (Paul, 5 Resp., D., XX, 3, 4) : *Eo tempore pignoris obligationem contractam videri, quo pecunia numerata est.*

(2) Cette décision, qui n'était pas admise par Julien (ap. Ulp., 32 ad Sab., D., XXIV, 1, 11, 1), paraît avoir été introduite par son annotateur Marcellus (*eod.*, 11, 2). Elle est acceptée par Papinien (29 Quæst., D., XXXIX, 6, 40).

(3) Paul, 74 ad Ed., D., XLIV, 7, 44 pr.

(4) Paul, *eod.*, 44, 3-4. Il y a aussi *accessio rei* lorsque je stipule dix pour moi ou un esclave pour Titius : dans ce cas, on se demande, dit Paul, si en livrant l'esclave à Titius, le débiteur est libéré *ipso jure*. Titius n'étant qu'un *adjectus solutionis gratia*, on pouvait douter qu'il fût possible de lui payer une chose autre que l'objet dû, à moins d'y voir une dation en payement, et alors les Proculiens devaient refuser d'admettre la libération *ipso jure* (Gaius, III, 168).

dès sa conclusion; sinon, il sera traité comme inexistant (1).

La condition est un événement incertain dans son arrivée. Le contrat, subordonné à un événement qui doit nécessairement arriver ou ne pas arriver, n'a rien de conditionnel : il est traité comme pur et simple (2).

La condition dépend toujours de la volonté des parties : on ne traite pas comme de véritables conditions les faits auxquels la loi subordonne l'acquisition d'un droit. Ces faits, qui forment les conditions légales de l'acte juridique (*conditiones juris*), ne produisent pas les effets des conditions proprement dites (*conditiones facti*) (3).

La liberté des parties dans le choix des conditions souffre quelques restrictions : les conditions impossibles, illicites ou immorales, celles qui dépendent exclusivement de la volonté du débiteur entraînent la nullité du contrat auquel elles sont apposées.

La condition impossible consiste en un événement qui ne peut pas se réaliser en fait ou en droit. Celui, par exemple, qui contracte sous la condition de toucher le ciel du doigt, n'a pas sérieusement la volonté de s'obliger (4). L'impossibilité de droit résulte d'un obstacle légal à l'accomplissement de la condition : si Titius se marie avant d'être pubère. Une pareille condition rend nul le contrat, même si l'on a prévu que l'obstacle viendrait à disparaître par suite d'un changement dans la loi (5).

La condition est illicite ou immorale lorsqu'elle tend à un but contraire à la loi et aux bonnes mœurs (6) : peu importe la nature du fait qui forme l'objet de la condition (7).

La condition *si voluero* chez le débiteur, est la négation de l'idée d'obligation : elle annule le contrat parce qu'elle exclut

(1) Pap., 1 Defin., D., XII, 1, 37; 39.

(2) Ulp., 47 ad Sab., D., XLVI, 2, 9, 1; XII, 6, 18.

(3) Pap., 18 Quæst., D., XXXV, 1, 99. La condition légale conserve son caractère, même si elle est expressément insérée dans l'acte juridique (Pomp., 5 ad Q. Muc., D., XXXVI, 2, 22, 1 ; ap. Paul, 2 ad Vitel., *eod.*, 21, 1).

(4) Mæc., 2 fid., D., XLIV, 7, 31. Les Proculiens appliquaient la même règle aux actes à cause de mort (Gaius, III, 98), mais l'opinion contraire enseignée par Servius, Labéon et les Sabiniens, a prévalu (ap. Pomp., 3 ad Sab., D., XXXV, 1, 6, 1).

(5) Venul., 1 Stip., D., XLV, 1, 137, 6 : *Non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum præsentis æstimari debet stipulatio.* Il en serait autrement si l'obstacle pouvait disparaître sans un changement dans la loi (Proc., ap. Pomp., 10 ex var. lect., D., XXXV, 1, 58).

(6) Pap., 1 Def., D., XLV, 1, 123; 11 Resp., *eod.*, 121, 1; Paul, II, 4, 8, 2; Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 7, 3.

(7) Est illicite la promesse d'une peine soit en cas de divorce (p. 98, 2), soit dans le cas où l'on n'épouserait pas telle personne (Pap., 17 Quæst., D., XXXV, 1, 71, 1).

la volonté de se lier, de s'astreindre à une nécessité de droit (1).

1° *Division des conditions.* — Les conditions se divisent en positives ou négatives, expresses ou tacites, suspensives ou résolutoires (2).

La condition est positive ou négative suivant qu'elle dépend de l'arrivée ou de la non arrivée d'un événement (3) ; expresse ou tacite, suivant qu'elle est exprimée par les parties lors de la conclusion du contrat, ou qu'elle résulte des circonstances dans lesquelles intervient le contrat qu'elle modifie : la promesse faite à titre de dot est présumée faite sous la condition que le mariage aura lieu (4). La condition tacite a sur la condition expresse cet avantage, c'est qu'elle ne vicie jamais l'acte qui est subordonné à sa réalisation (5).

La division principale des conditions est celle des conditions suspensives et des conditions résolutoires, mais cette division, formulée par les auteurs modernes, a été pendant longtemps étrangère aux Romains (6). Il importe d'ailleurs de ne pas se méprendre sur sa signification : en réalité, toute condition est suspensive. Quand on oppose la condition suspensive à la condition résolutoire, on entend distinguer la condition qui suspend la perfection d'un contrat et celle qui suspend l'extinction d'une obligation.

2° *Condition suspensive.* — La condition suspensive a été usitée de bonne heure (I, 725, 2) et sûrement au temps de Cicéron (7), dans l'acte juridique qui échappait au principe de la simulta-

(1) Ulp., 28 ad Sab., D., XLV, 1, 17 ; Paul, 12 ad Sab., *eod.*, 46, 3.

(2) On cite souvent une quatrième division des conditions : elles sont casuelles, potestatives ou mixtes, suivant qu'elles dépendent du hasard, de la volonté du gratifié, ou de l'un et de l'autre Mais cette division n'apparaît que sous Justinien dans un texte relatif aux legs (C., VI, 52, 1, 7). Les auteurs modernes l'appliquent aux contrats, où elle n'a pas d'intérêt pratique. Pour lui en trouver un, on a confondu la condition potestative dont parle Justinien avec la condition *in rei arbitrium collata* qui est la négation de l'idée d'obligation toutes les fois qu'elle n'exige du *reus* ni un effort ni un sacrifice, comme en cas de clause pénale.

(3) Paul, 7 ad l. Jul. et Pap., D., XXXV, 1, 60 pr. Intérêt pratique de la distinction : au point de vue du temps dans lequel la condition doit s'accomplir. Si les parties n'ont pas fixé de délai, la condition positive sera accomplie quelle que soit l'époque où l'événement prévu se réalisera ; on ne pourra la considérer comme défaillie que lorsqu'il sera certain que cet événement ne se réalisera pas. La condition négative au contraire, reste en suspens tant que l'événement prévu est susceptible de se réaliser ; elle fait défaut dès qu'il est accompli (Pap., D., XLV, 1, 115, 1).

(4) Scæv., ap. Ulp., D., XXIII, 3, 43 pr. Voir cep. Jav., D., XII, 4, 10

(5) Pap., 28 Quæst., D., L, 17, 77 ; Gaius, 1 de leg., D., XXX, 1.

(6) Les Romains n'ont pas d'expression technique pour distinguer ces deux sortes de conditions. Les expressions modernes ont été suggérées par Dioclétien (C., IV, 58, 5) ; Constantin (C., VIII, 54, 25 pr.), et par Ulpien (D., XVIII, 2, 2 pr.).

(7) Serv., ap. Pomp., 3 ad Sab., D., XXXV, 1, 6, 1.

néité, le testament (I, 196, 4). On la trouve ensuite appliquée à la *sponsio*, aux contrats consensuels (1) et aux contrats réels (2), mais elle reste exclue du contrat *litteris*, des actes qui concernent les droits de famille, tels que l'adoption, l'émancipation, et d'une manière générale des *actus legitimi* (3).

A. *Effets de la condition en suspens.* — Les jurisconsultes classiques paraissent avoir été en désaccord sur ce point (4) : les uns traitent le contrat comme inexistant tant que la condition n'est pas accomplie (5) ; les autres le considèrent seulement comme imparfait et inachevé, de sorte que l'arrivée de la condition aura pour effet de le consolider (6). Suivant les uns, la condition suspend la naissance du contrat ; suivant les autres, elle suspend seulement sa perfection (7). De ces deux opinions, la première est la plus ancienne ; c'est celle de Labéon. Elle fut victorieusement écartée sur bien des points sous l'influence de la doctrine nouvelle des rapports de droit en suspens (8) ; elle fut seulement maintenue en quelques cas pour des raisons d'équité.

Le contrat a donc un commencement d'existence dès le jour

(1) Gaius, IV, 93. Il y eut hésitation pour la société (Just., C., IV, 37, 6). Un texte mal interprété de Gaius (III, 146) a fait croire qu'il en fut de même pour la vente et le louage ; mais le doute porte sur le point de savoir si un contrat peut avoir le caractère d'une vente ou d'un louage suivant les hasards de la condition.

(2) Ulp., 34 ad Sab., D., XII, 1, 4 pr. ; 26 ad Ed., *eod.*, 11 pr.

(3) *Vat. fr.*, 329 ; Lab., ap. Paul, 11 Quæst., D., I, 7, 34.

(4) Cf. Gaius, D., XXXV, 2, 73, 1 : *Magna dubitatio fuit de his quorum conditio mortis tempore pendet id est an quod sub conditione debetur, in stipulatoris bonis adnumeretur et promissoris bonis detrahatur.*

(5) D'après Labéon (ap. Jav., 6 ex Post., D., XXIII, 3, 80), la délégation faite par une femme à son fiancé *dotis causa* est sans valeur tant que le mariage n'a pas eu lieu : la femme peut exiger le payement de son débiteur. Javolenus repousse cette opinion : *Falsum est, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est.* L'opinion de Labéon avait-elle encore des partisans au IIIe siècle ? On pourrait le croire en lisant dans Marc (D., XX, 1, 13, 5) : *Ante conditionem non recte agi, cum interim nihil debeatur*, et dans Ulpien (1 Reg., D., L, 16, 213) : *Cedere diem significat incipere deberi pecuniam... Neque cessit... dies pendente adhuc conditione.* Mais Ulpien déclare (*eod.*, 10) que celui qui a stipulé sous condition est, d'après l'opinion reçue, un véritable créancier. Quant à Marcien, on peut dire qu'il donne un motif inexact pour justifier une décision conforme à l'opinion générale : *non recte agi* correspond à *petitio suspensa* (dans Paul, D., XLV, 3, 26).

(6) Pomp., 6 ex Plaut., D., XII, 1, 8 : *Mutui datio interdum pendet ut ex post facto confirmetur, veluti si dem tibi mutuos nummos ut, si conditio aliqua extiterit, tui fiant sitque mihi obligatus.*

(7) C'est ainsi que l'envisagèrent les Sabiniens (Gaius, 10 ad Ed. prov., D., XVIII, 1, 35, 5) : *Sabinus et Cassius tunc perfici emtionem existimant, cum adnumerata, admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri ut...* Cf. Paul, 33 ad Ed., D., XVIII, 6, 8 pr. ; Jul., ap. Paul, *eod.*, 8, 1.

(8) Ulpien (21 ad Ed., D., XLIV, 7, 42) formule ainsi la doctrine reçue de son temps : *Eum qui stipulatus est sub conditione placet etiam pendente conditione creditorem esse.* Paul dit également (D., XLV, 3, 26) : *Si sub conditione stipuletur... ex præsenti vires accipit stipulatio, quamvis petitio ex ea suspensa sit.*

de sa conclusion : *Spes est debitum iri* (1). Le promettant est lié, bien qu'il ait une chance de ne pas l'être : la défaillance de la condition. Conséquences : *a*) l'obligation conditionnelle compte, comme un élément actif ou passif, dans le patrimoine des contractants et se transmet à leurs héritiers (2) ; *b*) la capacité des parties s'apprécie lors de la conclusion du contrat : un esclave sans maitre ne peut valablement stipuler sous condition. L'esclave d'une hérédité jacente ne peut stipuler conditionnellement un usufruit (3) ; *c*) la stipulation conditionnelle faite par un fils de famille ou par un esclave, profite à celui qui avait sur lui la puissance paternelle ou dominicale lors de la conclusion du contrat, alors même que le fils aurait été émancipé, que l'esclave aurait été aliéné ou affranchi avant l'arrivée de la condition (4) ; *d*) on peut éteindre par acceptilation une dette conditionnelle (5) ; *e*) le créancier conditionnel peut prendre des mesures conservatoires, et notamment demander la séparation des patrimoines (6) ; *f*) le débiteur conditionnel qui empêche la condition de s'accomplir, est obligé comme si elle était accomplie (7).

Mais le contrat n'est pas parfait tant que la condition est en suspens. Conséquences : *a*) le créancier ne peut agir en justice ; si en fait il a exercé une action, il pourra, après l'arrivée de la condition, renouveler sa poursuite sans qu'on puisse lui opposer la règle *bis de eadem re ne sit actio* (8); *b*) le débiteur qui, par erreur, acquitte sa dette avant l'arrivée de la condition, a le droit

(1) Inst., III, 14, 25; Gaius, D., XXXV, 2, 73, 1 : *Spes obligationis*. Ulp., D., L, 16, 54.

(2) Paul, D., XVIII, 1, 8 pr. : *Quasi jam contracta emptione in præteritum*; Jul., 53 Dig., D., XLV, 1, 57.

(3) Paul, D., XLV, 3, 26. Cf. p. 201, 1.

(4) Paul, 62 ad Ed., D., XLV, 1, 78 pr. : *Id tempus spectatur quo contrahimus*. Cf. Pomp., 33 ad Q. Muc., D., XLV, 3, 40.

(5) Pomp., 26 ad Sab., D., XLVI, 4, 12. Aristo, ap. Pomp., 15 ad Sab., D., XLVI, 3, 16 Il en serait autrement d'une dette future (Ulp., D., XLVI, 4, 13, 9) : *non tamen reus antiquiore acceptilatione, quam obligatio ejus est liberari potuit*.

(6) Pap., 12 Resp., D., XLII, 6, 4 pr. Il peut, au moins dans certains cas, se faire envoyer en possession des biens du débiteur éventuel (Paul, 57 ad Ed., D., XLII, 4, 6 pr.). Ailleurs, Paul (*eod.*, 14, 2) et Ulpien (*eod.*, 7, 14) lui refusent ce droit, peut-être dans le cas où l'envoi en possession implique le droit d'exercer des poursuites actuelles contre le débiteur (Cf. Bufnoir, 294). Le créancier conditionnel peut faire annuler un affranchissement frauduleux (Herm., D., XL, 9 27 pr.).

(7) Jul., 55 Dig., D., XXXV, 1, 24 (qui doit être corrigé d'après Ulp., 77 ad Ed., D., L, 17, 161. (Cf. Bufnoir, 81) : *Jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri, fiat quominus impleatur, perinde haberi ac si condicio impleta fuisset*. Cette règle, établie par la jurisprudence avant Julien, fut d'abord appliquée aux affranchissements, aux legs, aux institutions d'héritier, puis aux stipulations. Elle suppose que le débiteur agit à tort, mais il n'est pas dit que la fraude soit exigée. Cf. Dernburg, I, 254.

(8) Marc., ad form. hyp., D., XX, 1, 13, 5.

de répéter l'indû (1); *c*) la novation d'une dette conditionnelle par une obligation pure et simple, ne peut avoir lieu tant que la condition n'est pas réalisée (2) ; *d*) on peut stipuler sous condition sa propre chose (3) ; *e*) la tradition faite à un acheteur conditionnel ne lui permet pas d'usucaper; il ne peut pas encore se considérer comme ayant un titre définitif (4) ; *f*) les fruits appartiennent au vendeur; *g*) la perte totale de la chose met à néant le contrat (5) ; par suite, dans la vente conditionnelle, les risques sont pour le vendeur. C'est une décision corrélative à la précédente et l'application de l'adage : *quem sequuntur commoda, eumdem sequi debent incommoda.*

On explique souvent ces conséquences en disant que le contrat ne prend pas naissance avant l'arrivée de la condition; mais cette idée, qui eut des partisans au début de l'Empire, n'ayant pas prévalu, on ne peut justifier le maintien de ces conséquences que par des raisons d'équité (6).

B. *Effets de la condition accomplie.* — L'état d'incertitude créé par la condition prend fin lorsque l'événement prévu se réalise ou fait défaut : dans le premier cas, le contrat devient parfait; dans le second, il est mis à néant. La condition accomplie a-t-elle un effet rétroactif? C'est une question très controversée, mais dont l'intérêt existe surtout pour ceux qui pensent que la condition suspend la naissance du contrat. La fiction de rétroactivité est le correctif nécessaire de leur manière de voir, le seul moyen de concilier des décisions divergentes (7). Si, au contraire, c'est la

(1) Pomp., 15 ad Sab., D., XII, 6, 16 pr. Cette décision n'avait peut-être pas, dans la pensée de Pomponius, une portée générale : il traite dans ce texte *de jure dotium* (Lenel, *Paling.*). Elle s'explique d'ailleurs par le caractère de la *condictio indebiti* qui a été introduite *ex æquo et bono* (Pap., 8 Quæst., D., XII, 6, 66).

(2) Marcellus (D.. XLVI, 2, 14) applique cette décision à un débiteur qui a été déporté avant l'arrivée de la condition : c'est un moyen de le libérer de son obligation, *quoniam nunc, cum exstitit conditio, non est persona quæ obligetur.*

(3) C'est encore une décision de faveur émise par Marcellus (20 Dig., D.. XVIII 1, 61) : *quia forte speratur meum esse desinere.*

(4) Paul, 54 ad Ed., D., XLI, 4, 2, 2 : *affectionem emptoris.*

(5) Paul, D., XVIII, 6, 8 pr. : *Fructus... venditoris sunt... Stipulationes... perimuntur.*

(6) C'est pour une raison analogue que, dans le cas de vol de fruits mûrs, Julien abandonne la doctrine du *dominium pendens*, pour accorder la *condictio furtiva* au nu propriétaire et non à l'usufruitier. Logiquement, il aurait dû laisser la *condictio* en suspens, pour le cas où, après le vol, l'usufruitier parviendrait à se mettre en possession des fruits, mais il a pensé qu'il y aurait plus d'inconvénients que d'avantages à différer l'exercice de l'action dans l'attente d'une prise de possession que le vol rend peu probable. Marcellus arrive, par une voie différente, à la même solution : à son avis, les fruits appartiennent au nu propriétaire jusqu'à la prise de possession par l'usufruitier (ap. Ulp., 7 ad Sab., D., VII, 1, 12, 5).

(7) Bufnoir, 294; Accarias, II, 118. A l'appui de cette fiction, Dernburg (I, § 111, 5) invoque Gaius (de form. hyp., D., XX, 4, 11, 1) : *Cum enim semel*

perfection du contrat qui seule est en suspens, il va de soi qu'une fois la condition accomplie le contrat prend la date du jour où il a été conclu. Mais il faut se garder d'en conclure que désormais tout se passe comme si le contrat avait été parfait dès cette époque; il faut tenir compte des réserves qui viennent d'être indiquées, notamment quant à l'attribution des fruits, à la perte de la chose et à l'usucapion.

3° *Condition résolutoire.* — La condition résolutoire est un événement futur et incertain duquel on fait dépendre la cessation des effets d'un contrat. Elle trouve son application soit dans la vente, soit dans les donations à cause de mort.

La condition résolutoire suppose qu'on a joint à un contrat un pacte dont l'effet se produira éventuellement. Il y a ici non pas un acte unique, mais deux actes distincts : l'un, pur et simple, c'est le contrat; l'autre, conditionnel, c'est le pacte adjoint (1). Ce pacte, comme tout acte juridique subordonné à une condition, reste en suspens tant que l'événement prévu n'est pas réalisé; mais comme il tend à résoudre le contrat et qu'il produit cet effet si la condition prévue se réalise, on a coutume de dire, bien que ce ne soit pas rigoureusement exact, que l'acte dans son ensemble est affecté d'une condition résolutoire.

Cette conception est conforme à celle du droit moderne. La condition résolutoire, dit l'article 1183 du Code civil, « ne suspend pas l'exécution de l'obligation. » Le créancier peut dès à présent exercer les droits et actions qui lui compéteraient si l'obligation était pure et simple. L'analogie existe également entre les deux législations au cas où la condition vient à défaillir; tout se passe comme si l'acte principal n'avait jamais été soumis à une chance d'extinction. Mais l'analogie ne va pas plus loin : si la condition se réalise, il existe entre les deux législations des différences caractéristiques; aujourd'hui, « la condition, lorsqu'elle s'accomplit, opère la révocation de l'obligation et les choses sont remises au même état que si l'obligation n'avait pas existé. » A Rome, l'obligation n'est pas éteinte *jure civili*, car la condition ne figure pas au nombre des modes d'extinction des

conditio exstitit, perinde habetur ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est sine condicione facta esset. Mais ce texte n'est rien moins que probant : l'hypothèque consentie pour sûreté d'une dette conditionnelle, prend rang dès le jour de la convention; ce n'est pas la conséquence de la fiction de rétroactivité, car il en est de même de l'hypothèque consentie pour sûreté d'une dette future ou d'un legs conditionnel. Or, il est certain qu'il ne saurait être question de rétroactivité ni pour le legs ni pour la dette future. Cf. Bufnoir, 284.

(1) Ulp., D., XVIII, 2, 2 pr. : *Erit pura emptio, quæ sub conditione resolvitur.*

obligations (1). Quant au contrat, la condition résolutoire ne peut le dissoudre que s'il est consensuel et s'il n'a pas reçu d'exécution.

Cette double différence était d'ailleurs plutôt théorique que pratique : elle était atténuée par le jeu des exceptions. Il n'en est pas de même d'une troisième différence bien autrement importante par ses conséquences pratiques : elle a trait aux effets de la condition résolutoire sur les actes translatifs de propriété ou constitutifs de droits réels. Aujourd'hui, ces droits s'évanouissent à l'arrivée de la condition : en est-il de même à Rome, ou bien la condition résolutoire ne produit-elle que des effets personnels? Cette question sera examinée à propos du contrat de vente.

§ 2. *Terme.* — Le terme est un événement futur et certain duquel les contractants font dépendre l'exigibilité ou l'extinction d'une obligation. Ordinairement, c'est une date fixe : le 1er janvier prochain; parfois c'est une date indéterminée : *cum moriar*. L'essentiel, c'est que l'événement prévu soit futur et doive nécessairement arriver (2). Il va sans dire qu'il doit pouvoir se réaliser : est nulle la promesse de payer aujourd'hui 100 à Carthage (3), d'aller à Alexandrie *cum morieris* (4).

Le terme peut être tacite, imposé par la force des choses en l'absence de toute déclaration des contractants : telle serait la promesse de construire une maison (5).

Il y a deux sortes de termes : le terme suspensif et le terme extinctif.

1° *Terme suspensif.* — Cette sorte de terme a été admise de bonne heure dans les contrats : le *nexum* impliquait un terme fixé par l'usage sinon par la convention (I, 378, 7) (6). Le droit classique autorise l'apposition d'un terme dans les contrats de bonne foi (7), dans la stipulation et même dans le contrat *lit-*

(1) Paul, 74 ad Ed., D., XLIV, 7, 44, 1 : *Placet... quod alicui deberi cœpit, certis modis desinit deberi.*

(2) En cela le terme diffère de la condition (Gaius, I, 186; Ulp., XXIV, 31).

(3) Inst., III, 15, 5. D'après quelques jurisconsultes, il en serait autrement si les contractants, ayant chacun un correspondant à Carthage, lui avaient donné des ordres d'avance (ap. Gaium, 2 de V. O., D., XLV, 1, 141, 4).

(4) Paul, 12 ad Sab., *eod.*, 45, 1. Cf. 3 ad Sab., D., XXXIII, 2, 5. En dehors de ce cas, la nullité de la promesse *post mortem meam* ou *pridie quam moriar* constitue en droit classique une anomalie (I, 695); elle a été atténuée par la jurisprudence qui valide les stipulations et promesses *cum moriar* ou *cum morieris*. Elle a disparu sous Justinien (*Inst.*, III, 19, 13).

(5) Paul, 24 ad Ed., D., XLV, 1, 73 pr.; Venul., 1 Stip., *eod.*, 137, 2.

(6) Les *actus legitimi* ne comportent pas de terme exprès (p. 357, 6).

(7) On en trouve un exemple pour la vente dans Caton (*R. r.*, 147) : *Locus vinis ad k. octob. primas dabitur.*

teris (1). En général, c'est une faveur consentie dans l'intérêt du débiteur (2) ; parfois le terme est stipulé dans l'intérêt du créancier, en cas de dépôt, par exemple (3).

Le terme suspend l'exigibilité de la créance : n'est-ce pas contraire au principe de la simultanéité des effets de l'acte juridique? Il semble que l'efficacité de l'obligation soit retardée jusqu'à l'échéance; mais ce n'est qu'une apparence : l'obligation à terme prend naissance (*dies cedit*) (4) dès la conclusion du contrat (5). En cela elle ressemble à l'obligation pure et simple. Elle en diffère à deux points de vue : par son objet et par son exigibilité. De ces deux points de vue, c'est le second qu'on a coutume de mettre en relief, bien qu'il ne soit que la conséquence du premier : si l'exigibilité est retardée, c'est que l'obligation à terme n'a pas le même objet que l'obligation pure et simple. Celui qui promet de payer 100 dans un an promet nominalement la même somme que celui qui s'oblige à les payer sur-le-champ : en réalité, il promet 100, moins l'intérêt du capital supposé placé pour un an (*interusurium*) (6). De là deux conséquences : *a*) le créancier ne peut agir en justice avant l'échéance sous peine de perdre son procès pour *plus petitio; b*) la dette à terme ne peut être opposée en compensation.

A l'inverse, l'existence actuelle de la dette à terme entraîne trois conséquences (7) : *a*) le débiteur a le droit de payer avant l'échéance, à moins que le terme ne soit dans l'intérêt du créancier (8) ; *b*) il ne peut répéter comme indû le paiement anticipé

(1) Cic., *Ad fam.*, VII, 23 : *Nomina se facturum... qua ego vellem die.*

(2) Ulp., 50 ad Sab., D., XLV, 1, 41, 1; 23 ad Sab., D., L, 17, 17.

(3) Ulp., 30 ad Sab., D., XVI, 3, 1, 45-46; Jul., 13 Dig., *eod.*, 1, 22. Dans les fidéicommis, le terme s'interprète en faveur du fiduciaire ou du fidéicommissaire suivant l'intention du disposant (Peg., ap. Pomp., D., XXXI, 43, 2).

(4) Ulp., D., L, 16, 213. Il en est autrement lorsque le terme est apposé à un transfert de propriété : le transfert ne peut s'opérer avant l'échéance (p. 199, 2). Apposé à la constitution d'une servitude, il n'est valable qu'*exceptionis ope* (p. 269, 6).

(5) Gaius, III, 124. Paul, 12 ad Sab., D., XLV, 1, 46 pr. : *Centesimis kalendis utiliter stipulamur, quia præsens obligatio est, in diem autem dilata solutio.* En présence d'un texte aussi catégorique, il est inutile de s'arrêter à une opinion d'après laquelle le terme suspendrait la naissance de l'obligation. Cette opinion repose sur deux passages mal interprétés d'Ulpien et de Paul. Dans l'un (D., XLV, 1, 41, 1), Ulpien entend si peu nier l'existence actuelle de l'obligation qu'il autorise le débiteur à renoncer au bénéfice du terme et à forcer le créancier à recevoir le payement. Dans l'autre (24 ad Ed., D., XLIV, 7, 44, 1), Paul oppose le terme suspensif au terme extinctif et précise sa pensée par ces mots : *cujus natura hæc est ut ante diem non exigatur.*

(6) Marcel., ap. Ulp., 29 ad Ed., D., XV, 1, 9, 8.

(7) Ulp., 28 ad Ed., D., XVI, 2, 7.

(8) Cels., 26 Dig., D., XLVI, 3, 70.

fait par erreur (1) ; *c*) la dette à terme peut être éteinte par acceptilation (2).

A l'échéance, la dette devient exigible (*dies venit*) (3). Le débiteur a toute la journée pour se libérer : le créancier ne peut donc le poursuivre que le lendemain de l'échéance (4). Si la dette est payable à un marché qui dure plusieurs jours, le débiteur a jusqu'à la clôture du marché (5). Lorsque le terme est tacite, il n'y a pas d'échéance fixe : le juge doit apprécier le temps nécessaire pour exécuter l'obligation (6).

2° *Terme extinctif.* — En principe, les obligations ne s'éteignent pas à l'échéance d'un terme : le droit civil n'admet pas ici que la volonté des parties soit efficace lorsqu'elle n'a pas été revêtue d'une forme solennelle (p. 367, 1). Cette règle était surtout choquante dans les stipulations d'annuités ou de rente viagère : après la mort du créancier, les héritiers conservaient le droit d'exiger le payement de la rente (7).

La jurisprudence a imaginé divers expédients pour atténuer la rigueur du droit civil. Dans le legs de rente viagère, les Sabiniens décomposent le legs en une série de legs successifs, correspondant à chaque annuité : le premier de ces legs est pur et simple, il a son *dies cedens* à la mort du testateur; les autres sont conditionnels : ils sont subordonnés à la condition de la survie du légataire au commencement de l'année; ils n'ont leur *dies cedens* qu'à l'arrivée de la condition (8). Un procédé analogue fut appliqué, non sans hésitation, à la stipulation d'annuités payables pendant un temps limité, comme la stipulation *annua, bima, trima die,* usitée pour la restitution de la dot; on la décomposa en trois stipulations distinctes (9). On ne crut pas pouvoir en faire autant pour la stipulation de rente viagère qui

(1) Paul, 7 ad Sab., D., XII, 6, 10.
(2) Pomp., 26 ad Sab., D., XLVI, 4, 12.
(3) Ulp., 1 Reg., D., L, 16, 213 pr.
(4) Cels., 12 Dig., D., L, 17, 186. Le créancier n'a pas le droit d'agir avant l'échéance, lors même qu'il devient certain que le débiteur ne pourra tenir sa promesse, par exemple, s'il s'est obligé à bâtir une maison en deux ans, et qu'une partie du délai se soit écoulée sans qu'il ait commencé. Mais le créancier pourrait demander caution, si le contrat était de bonne foi (Pap., D, XLV, 1, 124; V, 1, 41).
(5) C'est l'opinion des Proculiens qui a prévalu (Venul., D., XLV, 1, 138 pr.).
(6) Cels., ap. Pomp., 5 ad Sab., *eod.*, 14; Venul., *eod.*, 137, 2. S'il s'agit de travaux urgents (réparation d'une maison qui menace ruine), le terme court du jour où le débiteur a été mis en demeure de commencer les travaux (Ulp., 72, 2).
(7) Inst., III, 15, 3.
(8) Sab., ap. Paul, 62 ad Ed., D., XXXIII, 1, 4; 21 Quæst., *eod.*, 11. Cette décomposition d'un acte juridique en plusieurs actes distincts est un procédé familier à l'école Sabinienne. Voir un autre exemple p. 123, 3.
(9) Paul, 3 ad Nerat., D., XLV, 1, 140, 1 : *Apud veteres varium fuit.*

comprend un nombre d'annuités indéterminé ; on n'avait pas la même latitude qu'en matière de testament ou de *res uxoria* (I, 501). On conserva donc la règle antique : l'interrogation et la réponse forment un acte unique, un seul tout qu'il est impossible de scinder (1). Mais on donna effet à la volonté des parties en autorisant le débiteur à paralyser au moyen d'une exception, l'action exercée par les héritiers : le terme extinctif, nul *ipso jure*, devint efficace *exceptionis ope* (2).

V. Diverses sortes de contrats. — Les contrats sont solennels ou non solennels, synallagmatiques ou unilatéraux, de droit strict ou de bonne foi.

§ 1er. *Contrats solennels et non solennels.* — L'ancien droit ne sanctionnait que des conventions revêtues d'une forme solennelle (I, 332 ; 391 ; 670). Le *nexum* étant tombé en désuétude, il n'y a, en droit classique, que deux sortes de contrats solennels: les uns formés *verbis*, les autres *litteris*. Mais à la fin de la République et au début de l'Empire, le droit civil sanctionna divers contrats qui se formaient sans solennité : les contrats réels et les contrats consensuels.

Les premiers se forment *re* : ils supposent la remise préalable d'une chose que le débiteur est tenu de restituer, suivant les cas, soit en nature, soit en équivalent. Ces contrats sont au nombre de quatre : *mutuum*, commodat, dépôt et gage.

Les seconds tirent leur nom de ce que le consentement suffit pour leur formation (3) : ce sont de simples pactes qui, par excep-

(1) Pomp., 6 ad Sab., D., XLV, 1, 16, 1 : *Stipulatio... in annos singulos una est et incerta, et perpetua.* Cette stipulation est incertaine parce qu'on ignore combien d'années vivra le créancier : la valeur pécuniaire de son droit est donc indéterminée. L'unité de la stipulation de rente viagère présente un danger pour le créancier : s'il est obligé d'agir en justice pour réclamer une annuité, il court le risque d'épuiser en une seule fois son droit d'action. Il doit avoir soin de faire insérer une *præscriptio* dans la formule afin de réserver son droit pour l'avenir (Gaius, IV, 132). Rien de pareil dans le legs de rente viagère qui, étant multiple, procure au légataire une action distincte pour chaque annuité : cette action est *certa* puisqu'elle a exclusivement pour objet une annuité. D'après Pomponius, le legs finit à la mort du légataire : il serait plus exact de dire qu'il ne prend pas naissance par suite de la défaillance de la condition à laquelle il est subordonné (Ulp., D., XXXVI, 2, 5, 2).

(2) La concession d'une exception n'était pas sans difficultés : on ne pouvait songer à l'exception de dol qui devint assez tard un moyen général de faire prévaloir l'équité, on ne pouvait non plus donner l'exception de pacte qui régulièrement suppose une convention conclue entre le défendeur et le demandeur. Mais une interprétation aussi étroite de l'édit sur les pactes, était peu conforme à l'équité : Julien attribue à la volonté du stipulant une importance décisive sans se préoccuper de l'acceptation du promettant, il accorde au débi-rentier l'exception de pacte (Jul., 52 Dig., D., XLV, 1, 56, 4 : *Nam stipulatorem id egisse, ne heres ejus peteret, palam est*). Cf. H. Krueger, *B. zur Lehre der exceptio doli*, 93 et 172.

(3) Gaius, III, 136.

tion, ont été élevés au rang de contrats. Ils sont également au nombre de quatre : vente, louage, société, mandat.

A ces deux classes de contrats non solennels, il faut joindre un certain nombre de conventions qui ont été successivement sanctionnées par la jurisprudence : ce sont des pactes synallagmatiques qui ne deviennent obligatoires que lorsqu'ils ont été exécutés par l'une des parties. Ces nouveaux contrats, qui n'ont pas reçu de dénomination technique, sont appelés par les interprètes contrats innommés (1).

§ 2. *Contrats unilatéraux, synallagmatiques.* — Un contrat est unilatéral lorsqu'il oblige une seule des parties; il est synallagmatique lorsqu'il engendre des obligations à la charge et au profit de chacune des parties. Dans le contrat unilatéral, il n'y a qu'un débiteur et un créancier : tel est le contrat de prêt (*mutuum*). Dans le contrat synallagmatique, chacune des parties est à la fois créancière et débitrice de l'autre; telle est la vente : le vendeur est débiteur de la chose, créancier du prix; l'acheteur, débiteur du prix, créancier de la chose.

Dans les trois contrats de vente, louage, société, la réciprocité des obligations est de l'essence du contrat. Il en est autrement dans le mandat, le commodat, le dépôt et le gage : la réciprocité n'est qu'accidentelle : une seule des parties est immédiatement obligée par le contrat; l'autre ne sera tenue que suivant les circonstances; il peut se faire qu'elle ne soit pas tenue du tout. Le mandataire, par exemple, est obligé d'exécuter la mission qu'il a acceptée; le mandant peut être tenu de l'indemniser s'il a fait des dépenses pour l'exécution du mandat. On appelle ces contrats synallagmatiques imparfaits : la dénomination est moderne, mais la chose est ancienne. Ces contrats sont les seuls qui donnent lieu à une action *contraire* (2) : l'obligation qui découle

(1) Cels., 8 Dig., D., XIX, 5, 2; Jul., 14 ad Ed., *eod.*, 3; Ulp., *eod.*, 4.

(2) La fiducie, la tutelle et la gestion d'affaires donnent lieu également à un *contrarium judicium*. Les actions contraires ont été créées pour donner à un débiteur le moyen de se faire tenir compte des impenses faites sur la chose qu'il est tenu de restituer : on a voulu le protéger contre la négligence ou le mauvais vouloir du juge d'une action de bonne foi (Gaius, 9 ad ed. prov., D., XIII, 6, 18, 4). Antérieurement on arrivait au même résultat, soit par des règles coutumières ou législatives comme celles qui régissent les rétentions dotales, soit par des clauses spéciales dont les *leges locationis* de Caton (*R. r.* 144, 145) offrent des exemples. Là où ces clauses n'étaient pas possibles en raison de l'absence ou de l'incapacité du maître de la chose (gestion d'affaires, tutelle) ou des relations d'amitié existant entre les parties (fiducie, mandat, commodat, dépôt), l'usage s'établit de donner au débiteur une action contraire : on l'a étendu au *pignus*. Le nom de cette action vient de ce qu'anciennement on devait l'opposer à l'action directe dont elle formait la contre-partie. Cette condition fut plus tard écartée, mais Paul (D., XIII, 6, 17, 1) fait encore observer que l'action contraire peut être exercée même si l'action directe ne

immédiatement de ces contrats est sanctionnée par une action directe; l'obligation qui se forme éventuellement, par une action contraire (1).

L'ancien droit ne connaissait que des contrats unilatéraux. Les contrats synallagmatiques parfaits ou imparfaits n'ont été sanctionnés par le droit civil que depuis les derniers siècles de la République.

§ 3. *Contrats de droit strict, contrats de bonne foi.* — Les contrats sont de droit strict ou de bonne foi suivant la nature de l'action qui les sanctionne. Il n'y a que trois contrats qui donnent lieu à un *judicium stricti juris :* le *mutuum*, la stipulation, l'*expensilatio* (2). Tous les autres donnent lieu à un *judicium bonæ fidei.* Cette distinction des contrats est, sous l'Empire, moins tranchée que par le passé (3). Elle a même été atténuée par l'introduction de la clause de dol dans la formule de la stipulation.

l'est pas (cf. Ulp., D., XXVII, 4, 1, 8). Ces actions présentent deux particularités : 1° elles n'entraînent jamais l'infamie parce que la question soumise au juge est *de calculo* et non *de perfidia* (Ulp., 6 ad Ed., D., III, 2, 6, 7; exception pour le recours du fidéjusseur : *eod.*, 6, 5); 2° pour la même raison, elles ne donnent pas lieu au *juramentum in litem* (Ulp., D., XVI, 3, 5 pr.).

(1) L'application des actions contraires n'a pas été restreinte à la réclamation des impenses : elle a été étendue aux diverses obligations qui peuvent incomber au maître de la chose envers son débiteur. Cette extension fut la conséquence naturelle du caractère de bonne foi de ces actions; mais il est à remarquer qu'alors même qu'elles servent à réprimer le dol du demandeur, elles ont conservé le privilège de ne pas entraîner l'infamie. — La question de savoir à quelle époque remontent les actions contraires est discutée. Karlowa (II, 680), pense qu'elles existaient au temps de Cicéron (*de off.* III, 17). Mais peut-être l'expression *judicia contraria* est-elle prise ici dans un sens non technique, car Cicéron en parle non seulement à propos de la tutelle, mais aussi de la vente et du louage. Cf. Pernice, *Labeo*, II, 1, 258.

(2) On remarquera que les contrats de droit strict sont unilatéraux, tandis que que les contrats de bonne foi sont synallagmatiques, parfaits ou imparfaits.

(3) Bien que la distinction des contrats de droit strict et de bonne foi se soit développée avec la procédure formulaire, elle a son importance quant au fond du droit; aussi a-t-on appliqué aux contrats une division faite d'abord pour les actions. 1° Ce qui caractérise le contrat de bonne foi, c'est le pouvoir d'appréciation accordé au juge. Ce pouvoir est plus étendu à certains points de vue : *a*) Le juge peut allouer les intérêts sans qu'il y ait mise en demeure; il peut aussi tenir compte des fruits. *b*) La responsabilité du dol et de la faute n'est pas la même dans les deux sortes de contrat. 2° C'est à la fin du procès que le juge détermine l'étendue du droit du demandeur, la prestation à effectuer par le défendeur. Dans le contrat de droit strict au contraire, le juge doit se conformer rigoureusement aux termes de la *condemnatio* contenue dans la formule : l'étendue du droit du demandeur est par suite fixée d'avance d'après les termes du contrat. 3° Anciennement, dans les contrats de droit strict, le juge ne pouvait tenir compte que du fait matériel qui lui était soumis : numération des écus, paroles, écriture; il n'avait pas à rechercher si le débiteur avait été victime d'un dol ou d'une violence. Depuis la fin du VII[e] siècle de Rome, il en est autrement : le Préteur peut, en insérant dans la formule une exception, subordonner la condamnation du défendeur à l'absence d'un dol ou d'une violence. Dès lors, dans les contrats de droit strict comme dans ceux de bonne foi, le défendeur fut protégé contre une demande contraire à l'équité. La seule différence qui

CHAPITRE III

Contrats solennels.

I. Contrats « verbis ». — Les contrats, qui se forment par la prononciation de paroles solennelles, sont au nombre de trois : la stipulation, la *dotis dictio*, la *jurata promissio operarum liberti*. Le premier est de beaucoup le plus important.

§ 1er. *Utilité de la stipulation.* — La stipulation est le seul contrat verbal qui ait une portée générale (1). C'est la forme régulièrement employée pour donner force juridique à toute espèce de convention faite en vue de créer une obligation. Que cette obligation ait pour objet une somme d'argent, une chose certaine ou incertaine, elle est toujours sanctionnée par la loi par cela seul qu'elle a été contractée en forme de stipulation.

1° La stipulation sert à réaliser certaines conventions qui, par elles-mêmes, n'ont pas de valeur juridique, comme la donation, la dot, la promesse d'intérêts par un emprunteur (2).

subsiste est de pure forme : dans les contrats de bonne foi, l'exception de dol est sous-entendue (p. 356, 9), tandis que dans les contrats de droit strict, le défendeur doit en demander l'insertion dans la formule. Ce serait pourtant une erreur de croire que dans les contrats de bonne foi le juge a toute latitude pour statuer sur le différend qui lui est soumis : avant Marc-Aurèle, il ne pouvait admettre la compensation *ex dispari causa*.

(1) Les deux autres contrats s'appliquent chacun dans un cas spécial : l'un pour la constitution de dot, l'autre pour la promesse de services faite par un affranchi à son patron. La *dotis dictio*, qui remonte à l'ancien droit (I, 231), subsiste sans changement; elle est sanctionnée par une *condictio* (Sev., Car., C., V, 12, 1, où l'on a interpolé le mot *dictio* en y substituant *pollicitatio*). La *jurata promissio operarum liberti* est, comme son nom l'indique, une forme spéciale d'engagement usitée lors qu'un affranchi promet ses services à son patron. C'est le seul cas où le serment ait été élevé au rang de contrat. Le maître qui voulait imposer des services à l'esclave qu'il allait affranchir, les lui faisait promettre sous serment. Cette promesse ne produisait qu'un lien religieux, car l'esclave ne peut s'obliger civilement; elle devait être renouvelée aussitôt après l'affranchissement et dans une forme solennelle : le lien religieux était par là transformé en un lien juridique. Si l'on avait recours à une forme spéciale au lieu d'employer la forme ordinaire de la stipulation, c'est sans doute qu'au début la loi ne sanctionna que les stipulations dont l'objet était une somme d'argent. Dans tous les cas, l'obligation était sanctionnée, au temps de Cicéron (Serv., ap. Ulp., 42 ad Ed., D., XXXVIII, 2, 1 pr.), par l'action *operarum*, consacrée, mais non introduite par le préteur Rutilius (Ulp., *eod.*, 1, 1). Cf. Lenel, *E. P.*, 270 ; Karlowa, II, 701 ; Demelius, *Schiedseid*, 40. Contra : Pernice, *Ber. d. Preuss. Akad.*, 1886, p. 1177 ; Voigt, *Rg.*, I, 596. — On a remarqué que l'action *operarum* est conçue comme la *condictio triticaria* : elle tend à *dare oportere* (Lab., ap. Pomp., 8 ad Sab., D., XXXVIII, 1, 8 pr. Cf. Jul., 22 Dig., D., XLV, 1, 54, 1). Les *operæ* sont traitées comme une *res certa*, et même, suivant Pomponius (4 ad Sab., D., XXXVIII, 1, 4), comme une *pecunia credita*, bien qu'elles consistent en un *facere*. Lorsqu'on eut sanctionné les stipulations incertaines, l'action *operarum* aurait dû disparaître : on la conserva parce qu'elle était entrée dans l'usage.

(2) Jul., ap. Afr., 8 Quæst., D., XIX, 5, 24 (p. 104 ; 386, 3).

2° On l'emploie souvent à la suite d'un contrat (1). La stipulation accessoire à un contrat a pour objet soit ce qui est dû, soit une peine. L'usage de la *stipulatio debiti* remonte à l'époque où les contrats non formels n'étaient pas sanctionnés par la loi : on le conserva à l'époque ultérieure parce que la stipulation donnait plus de précision au droit du demandeur, écartait l'arbitraire du juge, facilitait la preuve en justice (2). La stipulation de peine a aussi pour objet une somme fixée à forfait en cas d'inexécution du contrat (chap. XI); une application plus ancienne a déjà été signalée (I, 674).

3° La stipulation accessoire à un contrat revêt un caractère particulier et présente une utilité toute différente lorsqu'elle émane d'un autre que le créancier, ou qu'elle est consentie par un autre que le débiteur : dans le premier cas, il y a *adstipulatio;* dans le second, *adpromissio*. On connaît déjà l'utilité de l'*adpromissio* (I, 702) ; on signalera ici celle de l'*adstipulatio*. Au IIe siècle, cette stipulation accessoire (3) sert uniquement à rendre valable une stipulation *post mortem suam* (I, 695). Le stipulant principal prie un de ses amis de stipuler à côté de lui ce qu'il vient de se faire promettre *post mortem suam :* l'*adstipulator* stipulant *post mortem alterius* acquiert un droit d'action qu'il devra exercer dans l'intérêt de son mandant (4). Il est peu vraisemblable que

(1) Cf. Paul, 3 Ep. ; Alf., Dig., D., XVII, 2, 71 pr.

(2) P. 354, 2. Ce dernier avantage était à peu près le seul qui subsistât lorsque la stipulation consécutive au contrat avait pour objet *un incertum*, par exemple *quidquid ex causa emptionis dare facere oportet;* le juge de l'action *ex stipulatu* avait en effet, à plusieurs égards, des pouvoirs analogues à ceux du juge d'une action de bonne foi. — Une autre raison explique l'emploi si fréquent de la stipulation consécutive au *mutuum :* les deux contrats étant de droit strict et sanctionnés par une action *certæ pecuniæ* ou par une *condictio triticaria*, les pouvoirs du juge étaient les mêmes. Pourquoi donc stipuler le capital prêté? C'est que le *mutuum* étant un contrat gratuit, la stipulation était nécessaire pour faire courir les intérêts : on prit alors l'habitude de stipuler en même temps les intérêts et le capital. L'effet de la stipulation n'était d'ailleurs pas le même suivant qu'on avait promis d'une manière abstraite la somme empruntée, ou qu'on s'était engagé à rendre la somme effectivement prêtée. Dans le premier cas, le promettant était tenu alors même qu'il n'avait pas reçu l'argent, sauf à opposer une exception de dol ou à réclamer sa libération par une *condictio* (Gaius, IV, 116 ; Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 4, 2, 3 *in fine*). Dans le second cas, l'efficacité de la stipulation était subordonnée à la réalisation du prêt (Paul, 5 ad Plaut., D., XII, 1, 30). Lorsque la stipulation avait suivi le prêt *in continenti*, les jurisconsultes se divisèrent sur le point de savoir si l'obligation qui en résultait était formée *verbis* (la stipulation ayant ici un effet novatoire), ou si elle était née à la fois *re et verbis*, de sorte que la stipulation étant nulle pour un vice de forme, l'obligation n'en existait pas moins en vertu du *mutuum* (p. 349, 6).

(3) Le caractère accessoire de l'*adstipulatio* se manifeste en ce que l'*adstipulator* ne peut stipuler plus que le créancier principal (Gaius, III, 113).

(4) Ce droit d'action, qui est aussi étendu que celui du stipulant principal, ne compte pas dans le patrimoine de l'*adstipulator :* il est intransmissible à ses héritiers (I, 696) ; il n'est pas acquis au *paterfamilias* lorsque l'*adstipulator* est un fils de famille. Ceux qui ne peuvent agir en justice, esclaves, personnes *in mancipio,* ne

l'*adstipulatio* soit entrée dans la pratique en vue de ce cas exceptionnel : on ne s'expliquerait guère que certaines personnes aient fait, sous la République, métier d'*adstipulator* (1) ; on ne comprendrait pas surtout que de très bonne heure la loi Aquilia ait cru devoir édicter une disposition contre l'*adstipulator* infidèle à son mandat (I, 585). Aussi a-t-on conjecturé que l'usage de l'*adstipulatio* remonte au temps des actions de la loi et servait à atténuer les inconvénients du principe de la non-représentation en justice ; on faisait intervenir un *adstipulator* en prévision du cas où l'on serait empêché de faire valoir soi-même son droit en justice (2).

4° La stipulation sert enfin à transformer une obligation préexistante, à opérer une novation (chap. x).

§ 2. *Formes de la stipulation.* — Si la stipulation a reçu une si large application, c'est qu'elle a perdu en grande partie le caractère strict qui la distinguait à l'époque antique : d'une part sa forme est devenue plus souple, d'autre part, l'une des actions qui la sanctionnent confère au juge un pouvoir d'appréciation analogue à celui d'un arbitre. Il dépend même des parties d'attribuer dans tous les cas ce pouvoir au juge, en ajoutant à la stipulation la clause de dol.

La stipulation exigeait anciennement pour sa formation : 1° une interrogation suivie d'une réponse concordante ; 2° l'emploi de paroles sacramentelles (I, 392). La première condition requise encore par Gaius ne l'est plus par Ulpien (3) : il n'est pas nécessaire que le même mot soit employé par les deux parties. De même la réponse doit, d'après Venuleius, être immédiate, former avec la demande un seul tout : il faut qu'il y ait entre elles continuité (I, 726), sinon il n'y aurait plus une certitude suffisante sur l'accord de volontés des parties (4). De là il résulte

peuvent être *adstipulatores*. Le fils de famille (I, 193, 4) ne peut agir en vertu d'une *adstipulatio* que s'il est sorti de la puissance paternelle sans *capitis deminutio*. Cf. sur d'autres particularités de l'*adstipulatio*, Gaius, III, 114.

(1) Cic., *in Pis.*, 9.

(2) Karlowa (II, 738) objecte que l'*adstipulatio* ne peut être adjointe qu'à une stipulation, et que l'inconvénient subsistait pour les contrats de bonne foi. L'objection disparaît pour ceux qui pensent avec nous que ces contrats ont été sanctionnés à une époque récente (I, 693).

(3) Gaius, III, 92, 93 ; Ulp., 48 ad Ed., D., XLV, 1, 1, 2. Cf. Flor., 8 Inst., *eod.*, 65 pr. ; Paul, 15 Resp., *eod.*, 134, 1 ; Inst., III, 19, 5 *in fine*. La concordance entre la demande et la réponse devait exister également dans le fond (Ulp., D., XLV, 1, 1, 5). Cette règle a été atténuée pour les stipulations ayant pour objet une quantité : si la réponse indique une quantité plus forte ou plus faible que la demande, la stipulation sera valable jusqu'à concurrence de la somme la plus faible (Ulp., *eod.*, 1, 4 ; Paul, *eod.*, 83, 3).

(4) Venul., 1 stip., *eod.*, 137 pr. Cette condition a été maintenue par notre droit français pour le testament (C. civ., 975) et le mariage (C. civ., 75).

que la stipulation ne peut avoir lieu qu'entre personnes présentes capables de parler et d'entendre (1). Cette règle a été modifiée : Paul admet l'efficacité des pactes joints *in continenti* à la stipulation ; il les considère comme faisant corps avec elle (2).

La seconde condition n'est pas non plus rigoureusement exigée : les parties jouissent d'une assez grande latitude dans le choix des termes : on admet de nombreux équivalents (p. 52).

Mais ce qui contribua surtout à atténuer le formalisme dans la stipulation, ce fut l'usage emprunté aux Grecs de constater par écrit les conventions (3). L'écrit (*instrumento stipulatio interposita*) (4) portait le nom de *cautio :* il facilitait la preuve en justice. On ne tarda pas à se demander s'il était nécessaire, lorsqu'on produisait un écrit rédigé en présence des parties, de prouver que les paroles de la stipulation avaient été réellement prononcées. On posa les deux règles suivantes : 1° l'écrit rédigé par le débiteur ou en sa présence fait présumer que la stipulation a eu lieu : la preuve contraire n'est pas admise (5); 2° lorsque l'écrit constate la promesse du débiteur, on doit présumer que l'interrogation préalable a eu lieu, à moins que le stipulant ne prouve qu'il était absent (6).

Dès lors la stipulation fut plus souvent une fiction qu'une réalité : de sa forme antique il ne reste que la nécessité de la pré-

(1) Au IIIe siècle, on permet au muet de faire une délégation soit par écrit soit par un signe de tête (ULP., 8 ad Ed., D., XLVI, 2, 17).

(2) 3 ad Ed., D., II, 14, 4, 3; 15 Resp., D., XLV, 1, 134, 1; 3 Quæst., D., XII, 1, 40 pr. Il en est de même à plus forte raison des pactes qui précèdent la stipulation (PAUL, D., XLV, 1, 134, 3; 140 pr.; ALEX., C., II, 4, 6, 1. DIOCL., C., II, 3, 27). On évitait par là les difficultés de rédaction d'une formule visant les détails de l'accord intervenu entre les parties (I, 724, 1).

(3) Cet usage existait dès le temps de Cicéron (*ad Her.*, II, 9, 13; CIC., *Part. Orat.*, 37, 130; *P. Cæc.*, 18, 51; *Ad Att.*, XI, 17, 2). Il se développa sous l'Empire. Parfois on se contentait, comme en Grèce, de rédiger par écrit le contrat : les *tabulæ*, qui émanaient du débiteur, constituaient un *chirographum* (MOD., 3 Resp., D., XXII, 1, 41, 2). Plus souvent on y joignait, suivant l'habitude romaine, la clause de stipulation : *Stipulatio subjecta* (DIOCL., IV, 64, 3; VIII, 44, 3; ULP., 4 ad Ed., D., II, 14, 7, 12 : *Quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri : Rogavit Titius, spopondit Mævius, hæc verba non tantum pactionis loco accipiuntur sed etiam stipulationis*). Cf. PIUS, C., IV, 32, 1; Papyrus du Louvre, 251, n° 21 bis, l. 30; NICOLE, *Rev. de phil.*, XX, 49, l. 22. Cet usage s'est introduit dans les pays de civilisation grecque après l'édit de Caracalla : il n'existait pas en Thébaïde en 154 (Pap. du Louvre, 17); on en trouve la trace dès l'an 235 dans un papyrus d'El-Faijum (WESSELY, *Wiener Stud.*, IX, 241), et avec une application inattendue, pour confirmer un testament. Cf. MITTEIS, *Reichsr.*, 98, 487.

(4) CALLIST., D., XXIV, 3, 48; PAUL, D., XLV, 1, 134, 2 : *Litteris cavere.*

(5) Cette règle, implicitement contenue dans Papinien (11 Resp., D., XLV, 2, 11, 1, I), est formulée par Ulpien (47 ad Sab., D., XLV, 1, 30; 36 ad Ed., D., XXVI, 7, 4, 3). On en fit l'application à la caution *rem pupilli salvam fore ;* l'inscription du nom du fidéjusseur sur les registres publics tient lieu de stipulation si elle a été faite en sa présence (p. 157, 2).

(6) PAUL, V, 7, 2; SEV., CAR., C., VIII, 38, 1.

sence des parties. La prononciation de paroles solennelles, qui pendant tant de siècles avait joué un rôle prépondérant dans la formation des actes juridiques, n'est guère plus qu'un souvenir. L'écriture prend la place de la parole comme en droit moderne (p. 16) (1).

§ 3. *Sanction de la stipulation.* — Au temps des actions de la loi, la stipulation donnait lieu à la *legis actio per condictionem,* en vertu de la loi Silia lorsqu'elle avait pour objet une somme d'argent, en vertu de la loi Calpurnia lorsqu'elle avait pour objet toute autre *res certa* (I, 667 ; 679). Sous la procédure formulaire, le Préteur délivre l'action *certæ creditæ pecuniæ* (I, 630 ; 685, 5) dans le premier cas, la *condictio triticaria* dans le second (2).

A côté de ces deux actions, il en est une troisième qui sanctionne les stipulations incertaines : l'action *ex stipulatu.* Cette action, dont l'existence au commencement du VIII[e] siècle de Rome est attestée par la loi Rubria (c. 22), diffère essentiellement par son principe et par ses effets de l'action *certæ pecuniæ* et de la *condictio triticaria* (I, 681) : elle tend, non pas à réprimer le tort commis par celui qui retient injustement l'argent ou la chose d'autrui, mais à conférer au juge le pouvoir d'estimer l'intérêt du demandeur (I, 689, 1). Elle ne donne pas lieu à une *sponsio* et à une *restipulatio tertiæ partis*, comme l'action *certæ pecuniæ* (I, 632, 669) ; le demandeur ne court pas le risque de commettre une *plus petitio* (3). L'action *ex stipulatu* n'est pas pour cela traitée de tout point comme une action de bonne foi : sauf le pouvoir d'évaluation accordé au juge et qui lui permet de tenir

(1) Mais, dit Paul (3 ad Ed., D., XLIV, 7, 38) : *Non figura litterarum, sed oratione, quam exprimunt litteræ, obligamur : quatenus placuit, non minus valere, quod scriptura, quam quod vocibus lingua figuratis significaretur.*

(2) La première est le type des actions de droit strict : elle a une *intentio* et une *condemnatio certa :* le demandeur qui réclame plus qu'il ne lui est dû perd son procès (*plus petitio*) ; le juge, qui condamne à une somme supérieure à celle qui a été inscrite par le Préteur dans la formule, commet un quasi délit (*litem suam facit*) ; enfin les parties peuvent faire une stipulation et une restipulation du tiers pour obtenir réparation du préjudice que leur cause une contestation mal fondée (I, 715). La *condictio triticaria* a aussi une *intentio certa;* le demandeur court le risque de la *plus petitio.* A tous autres égards elle diffère de l'action *certæ pecuniæ :* elle ne donne pas lieu à la stipulation et à la restipulation du tiers ; la *condemnatio* est *incerta :* le juge doit évaluer l'objet du procès, *quanti ea res est* (I, 680).

(3) Sur les applications de l'action *ex stipulatu* à l'époque antérieure, voir t. I[er], 689, 1. La formule invite le juge à rechercher *quiquid ob eam rem N[m] N[m] A[o] A[o] dare facere oportet.* Elle a une *intentio incerta* (GAIUS, IV, 131 ; ULP., *Pand.*, D., XII, 1, 24) ; cette *intentio* était précédée d'une *præscriptio* tenant lieu de *demonstratio* (GAIUS, IV, 136; PAP., D., XLVI, 2, 27; PAUL, D., XLV, 1, 89 ; 125 ; ULP., D., XLIV, 5, 1, 4). La formule se terminait par une *condemnatio incerta*, comme celle de la *condictio triticaria : Quanti ea res est, tantam pecuniam judex N[m] N[m] A[o] A[o] condemnato, si non paret absolvito* (GAIUS, IV, 47). Elle était vraisemblablement limitée par une *taxatio* (GAIUS, IV, 51). Cf. LENEL, *E. P.*, I, 174.

compte des fruits et des intérêts moratoires (1), l'action *ex stipulatu* reste une action de droit strict (2).

§ 4. *Clausula doli.* — La clause de dol est de règle dans les stipulations prétoriennes et dans les stipulations judiciaires : elle est très usitée dans les stipulations conventionnelles. Le débiteur promet *dolum malum huic rei promissionique abesse abfuturumque esse.* Cette clause a pour effet d'atténuer la rigueur avec laquelle on interprète d'ordinaire la stipulation : elle transforme les stipulations certaines en stipulations incertaines (3); elle est sanctionnée par l'action *ex stipulatu* (4) ; le juge est autorisé à tenir compte des événements que les parties n'ont pas prévus (5) : il jouit d'une latitude d'appréciation analogue à certains égards à celle qu'il a dans les actions de bonne foi, notamment le pouvoir de réprimer tout dol (I, 682).

II. Contrat littéral. — § 1er. *Transcriptio.* — Le contrat *litteris*, dont la forme, l'application et les effets ont été exposés (I, 670 ; cf. 668 ; 715), n'a pas reçu de développement à l'époque classique. Gaius n'en signale que deux applications : la *transcriptio a re in personam* qui sert à transformer l'obligation résultant d'un contrat de bonne foi, tel que la vente, le louage, ou la société, en une obligation de droit strict (6) : la *transcriptio a persona in*

(1) Pap., 27 Quæst., D., XXII, 1, 4 pr.

(2) C., V, 13, 1, 2. Le serment *in litem*, admis dans les actions de bonne foi, ne l'est pas dans l'action *ex stipulatu* (Paul, 26 ad Ed., D., XII, 3, 6) ; l'exception de dol n'y est pas sous-entendue (Lab., ap. Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 4, 4, 15).

(3) Pap., 11 Resp., D., XLV, 1, 121 pr.

(4) Lorsque la clause de dol accompagne une stipulation dont l'objet est un *certum*, le créancier a-t-il deux actions ou une seule ? A-t-il la *condictio triticaria* pour réclamer la *res certa* qui lui a été promise, et l'action *ex stipulatu* pour se faire indemniser du préjudice que lui cause le dol du défendeur ? Tel est l'avis de Karlowa (II, 712). Papinien (36 Quæst., D., XLV, 1, 119) affirme que la clause de dol est *non pertinet ad eas partes stipulationis de quibus nominatim cavetur.* Ailleurs (11 Resp., *eod.*, 121 pr.), il dit qu'on exercera l'action *incerti* en vertu de cette partie de la stipulation qui contient la clause de dol ; d'où *a contrario* on doit exercer la *condictio certi* pour le surplus. Mais divers textes prouvent que les stipulations prétoriennes, qui contiennent toujours la clause de dol, donnent lieu exclusivement à l'action *ex stipulatu.* Papinien (2 Quæst., D., II, 11, 15) et Ulpien (7 ad Ed., D., II, 10, 1, 3) le disent pour la *cautio in judicio sisti* qui a toujours pour objet une *certa pecunia* (Gaius, IV, 186 ; Pap., 2 Quæst., D., XLV, 1, 115 pr.).

(5) Jul., D., XLV, 1, 53 : *Stipulationes commodissimum est ita componere, ut quæcumque specialiter comprehendi possint, contineantur ; doli autem clausula ad ea pertineat, quæ in præsentia occurrere non possint et ad incertos casus pertinent.* Si l'une des parties a corrompu l'arbitre, ou l'avocat de son adversaire (Ulp., 13 ad Ed., IV, 8, 31) ; si le débiteur a mancipé l'esclave dû après l'avoir empoisonné, le fonds vendu après l'avoir détérioré ou grevé de servitudes (Lab., ap. Ulp., 11 ad Ed., D., IV, 3, 7, 3) ; si le vendeur a fait croire à l'acheteur qu'un objet en bronze était en or (p. 352, 1) ; si le stipulant a commis un oubli dont le promettant voudrait profiter (Jul., D., XLVI, 8, 22, 7), la clause de dol produira son effet.

(6) Gaius, III, 129, 130 ; *C. I. L.*, XIV, 3471.

personam, qui est le seul mode extrajudiciaire de réaliser une délégation entre absents (1).

Délaissé par les particuliers dans leurs rapports entre eux (2), l'usage du contrat *litteris* ne s'est guère conservé que dans la pratique des banquiers (3) : on en trouve la trace au commencement du IIIe siècle. Les livres des banquiers régulièrement tenus faisaient foi en justice, et devaient, d'après un Édit du temps de la République, être produits toutes les fois que les clients l'exigeaient. Cet édit fut particulièrement utile à une époque où tout le monde avait recours à l'intermédiaire des *argentarii* (4), où l'on se dispensait d'avoir un *codex* pour s'en rapporter à celui du banquier (5).

§ 2. *Chirographum*, *syngrapha*. — Si les pérégrins ne pouvaient, sauf une exception (I, 710), s'obliger *litteris*, il existait cependant (p. 64, 7) une sorte d'obligation littérale résultant chez eux des *chirographa* et des *syngraphæ*. Comme ces mots

(1) Les écrits des jurisconsultes postérieurs ne contiennent que fort peu de traces certaines du contrat *litteris*. L'expression *nomina facere*, que l'on trouve dans divers textes, ne paraît plus employée dans un sens technique (Marcel., ap. Paul, 6 ad Sab., D., XXVI, 7, 16; Scæv., 4 Resp., D., XL, 5, 41, 17; Pap., 5 Resp., D., XXVI, 7, 39, 14; 7 Resp., D., XXXIII, 2, 24 pr.; Callistr., 3 de j. fisci, D., XLIX, 14, 3, 8 ; Paul, 4 Quæst., D., XV, 1, 52 pr.; Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 1, 12, 15; L, 14, 2). Seul Paul (13 ad Ed., D., IV, 8, 34 pr. ; 62 ad Ed., D., II, 14, 9 pr.) parle de l'obligation corréale formée *litteris* au profit ou à la charge des banquiers (I, 487, 6).

(2) Plusieurs causes ont contribué à ce résultat : 1° Cette forme de contrat n'était accessible qu'aux citoyens de la classe riche, à ceux dont la fortune était assez importante pour les déterminer à avoir un *codex accepti et expensi*. Or, sous l'Empire, les Romains dédaignent de tenir à jour leur *codex* : les plus riches chargent des esclaves de leurs livres de comptes et de leurs opérations de caisse; les autres ont recours à l'intermédiaire des banquiers (note 4 ; cf. Jul., ap. Ulp., D., XIII, 6, 5, 8, qui parle du prêt d'un *codex*). 2° L'*expensilatio* n'est pas devenue, comme la stipulation, un contrat du *jus gentium*. Proculiens et Sabiniens discutèrent sur la faculté pour les pérégrins de faire des *nomina transcripticia* : les Sabiniens leur refusèrent le droit de prendre part à une *transcriptio a persona in personam* (I, 710). 3° Moins souple que la stipulation, l'*expensilatio* ne peut avoir pour objet que de l'argent; elle ne peut être faite sous condition (p. 363). 4° L'usage des *cautiones* fournit un moyen beaucoup plus commode de s'obliger et en même temps de faire la preuve en justice. 5° L'*expensilatio* a perdu son utilité principale qui consistait à donner entre absents une valeur juridique à certains pactes que le droit n'avait pas encore munis d'actions : ces pactes sont désormais des contrats, et comme ils sont non formels, la présence des parties n'est pas exigée.

(3) Ulpien (4 ad Ed., D., II, 13, 4, 5) l'appelle *instrumentum argentariæ*. Cf. Lenel, *Das Sabinussystem*, 1892, p. 76 ; Mitteis, *Trapezitica*, 46.

(4) Lab., ap. Ulp., *eod.*, 4, 2; Ulp., 4, 1 : *Hujus edicti ratio æquissima est : nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, æquum fuit id quod mei causa confecit, meum quodammodo instrumentum mihi edi.*

(5) Pomp., ap. Paul, *eod.*, 9, 2 : *Frequentissime ad fidem eorum decurritur.* Le ministère des banquiers était d'intérêt public (Gaius, 1 ad Ed. prov., 10., 1). Dès le Ier siècle de notre ère, on les plaça sous la surveillance du préfet de la ville : (Suet., *Galba*, 9). Hadrien lui attribua compétence pour connaître des actions intentées par ou contre les banquiers (Ulp., D., I, 12, 1, 9; Paul, *eod.*, 2).

l'indiquent, ces pérégrins étaient ceux de civilisation grecque.

Le *chirographum* est un écrit qui émane du débiteur seul. La *syngrapha* au contraire est revêtue du sceau des deux contractants et remise par eux à un tiers, à un homme de confiance qui en aura la garde. Le *chirographum* n'est qu'un titre probatoire ; la *syngrapha* oblige même *contra fidem veritatis* (1) : on n'a pas à rechercher si la remise de valeur qu'elle mentionne a été réelle ou fictive. C'est un contrat abstrait en forme de prêt (2).

CHAPITRE IV

Contrats réels.

L'ancien droit n'avait consacré qu'un seul contrat réel : le *mutuum ;* le commodat, le dépôt et le gage étaient des conventions sans valeur juridique (3). Vers la fin de la République, le Préteur promit une action *in factum* contre l'*accipiens* qui refusait par dol de restituer l'objet livré. Sous l'Empire, ces conventions sont devenues des contrats réels, sanctionnés par des actions *in jus* (4).

Les quatre contrats réels présentent un trait commun : ils exi-

(1) Ps. Ascon., *in Verr.*, II, 1, 36. Ce témoignage a été récusé par Gneist (*Die formellen Verträge des neueren röm. Obligationenrechts*, 1845, p. 321 et suiv.). Cf. Savigny, *Verm. Schr.*, I, 236 ; Gide, *Novation*, p. 219. Mais Mitteis (*Reichsrecht*, 468) l'a confirmé par une inscription grecque relatant un prêt à la ville d'Orchomène (*Inscr. jur. grecques*, II, 280, l. 78) et par le papyrus 7 du Louvre.

(2) Ce mode de contracter a-t-il survécu à l'édit de Caracalla ? On l'a contesté, mais il est peu vraisemblable que le droit pérégrin ait été abrogé et remplacé par le droit romain. Ceux qui avaient l'habitude de faire des *chirographa* ont continué à en rédiger, et les tribunaux ont appliqué à ces écrits les règles du droit pérégrin. Cette conclusion paraît confirmée par Modestin (D., XXII, 1, 41, 2). Il cite un *chirographum* constatant un *mutuum* d'argent accompagné d'un pacte d'intérêts, et déclare que ce pacte n'est obligatoire que si le taux des intérêts est fixé dans le *chirographum :* une convention verbale serait donc insuffisante. Cf. Kniep, *Præscriptio*, 136.

(3) Gaius, qui dans son C. III, parle de tous les autres contrats, ne dit rien du commodat, du dépôt et du gage ; il ne s'occupe des deux premiers que dans le C. IV, à propos des actions. Cependant Gaius ne méconnait pas le caractère contractuel de ces conventions, car dans ses *Res cottidianæ*, il les range parmi les contrats qui se forment *re*. S'il n'en parle pas dans son C. III, c'est sans doute que le droit civil ne les avait sanctionnées qu'à une époque récente et que, dans l'enseignement élémentaire, on s'en tenait à l'énumération consacrée par un long usage.

(4) L'action *in factum* n'a pas pour cela disparu : la coexistence des formules *in jus* et *in factum* est attestée par Gaius (IV, 47). Le maintien de l'action *in factum* ne s'expliquerait guère si, comme le pense Lenel (*E. P.*, I, 292), elle était appréciée d'après la bonne foi bien qu'elle ne contienne pas la clause *ex fide bona.* Il semble plutôt qu'elle avait conservé son caractère strict comme une action délictuelle : 1° D'après Gaius (IV, 60), dans l'action *in factum*, le demandeur risque de perdre son procès pour *plus petitio.* 2° Le défendeur ne peut opposer la compensation, car la condamnation suppose qu'il a commis un dol en refusant de restituer (Gaius, IV,

gent, pour leur formation, indépendamment de l'accord de volontés des parties, la remise d'une chose (*res*). Mais dans le *mutuum*, la tradition doit être translative de propriété ; dans les autres contrats, le transfert de la propriété eût été inutile eu égard aux services qu'ils sont appelés à rendre : on se contente de transférer la détention.

Trois autres différences les séparent : 1° dans le *mutuum*, l'emprunteur s'oblige à rendre une quantité équivalente à celle qu'il a reçue. Dans les autres contrats, le débiteur doit rendre la chose même qui lui a été livrée; son obligation a pour objet un corps certain, et par suite il ne supporte pas les risques provenant d'un cas fortuit; 2° le *mutuum* est un contrat unilatéral; les autres contrats réels sont synallagmatiques imparfaits; 3° le *mutuum* est un contrat de droit strict; les autres sont de bonne foi (1).

I. Mutuum. — Le *mutuum* ou prêt de consommation (2), est un contrat par lequel une personne, appelée prêteur, transfère gratuitement la propriété d'une somme d'argent ou d'une certaine quantité de denrées, à une autre personne appelée emprunteur, qui s'oblige à lui rendre, à une époque convenue, une quantité équivalente de choses de même qualité (3).

Le *mutuum* ne peut avoir pour objet que des choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent (p. 181, 5). Ce sont les

61, 63 ; Paul, II, 12, 12). 3° L'action *in factum* ne comporte pas une condamnation aux fruits ou aux intérêts moratoires : c'est une règle propre aux actions de bonne foi (Paul, D., XVI, 3, 29, 1). 4° Les Proculiens n'admettaient pas que le défendeur fût absous lorsqu'il avait donné satisfaction après la *litiscontestatio* (Gaius, IV, 115).

(1) On peut rapprocher des contrats réels la *fiducia*, bien qu'elle ne figure jamais dans l'énumération des contrats. L'histoire, la structure et les cas d'application de cette convention, qui subsiste à l'époque classique, ont été exposés t. Ier, 641-649. Il suffira d'ajouter que les devoirs respectifs du fiduciaire et de l'aliénateur ont été transformés en obligations et sont sanctionnés par deux actions civiles de bonne foi (Gaius, IV, 62) : *fiduciæ directa* (Paul, II, 13, 7; 31 ad Ed., D., XIII, 7, 25 ; Ulp., 30 ad Ed., *eod.*, 22, 3-4 ; 24 pr.) et *fiduciæ contraria* (Ulp., *eod.*, 22 pr.-2 ; 24, 1). Ces derniers textes ont été interpolés : on a substitué *pignus* à *fiducia*, parce que sous Justinien la fiducie a disparu avec la mancipation et l'*in jure cessio* sans lesquelles elle ne peut exister. Lenel a prouvé l'interpolation en montrant que les textes suspects sont extraits des liv. 30 d'Ulpien, 31 de Paul, 16 de Gaius sur l'Edit, et 13 du Digeste de Julien. Ces auteurs ayant traité du *pignus* dans des livres antérieurs (28, 29, 13, 11), devaient ici s'occuper d'une autre convention qui ne peut être que la fiducie. Cf. Jacquelin, *De la fiducie*, 1891 ; Pernice, *Labeo*, III, 128. Une interpolation analogue a été faite dans d'autres textes relatifs à la donation entre époux par personne interposée (Marcel., 7 Dig., D., XXIV, 1, 49), à la donation à cause de mort (Pap., 13 Resp., D., XXXIX, 6, 42), au mandat d'affranchir après la mort du mandant (Gaius, 9 ad ed. prov., D., XVII, 1, 27, 1).

(2) Sur l'introduction du *mutuum* à la place du *nexum*, voir t. Ier, p. 630.

(3) Gaius, 2 Aur., D., XLIV, 7, 1, 2.

seules qui, par leur nature (1), soient d'ordinaire équivalentes entre elles et puissent se remplacer réciproquement. La volonté des parties ne peut ici rendre fongibles des choses qui ne le sont pas par leur nature, comme des chevaux ou des esclaves.

§ 1er. *Formation du* mutuum. — Le *mutuum* exige pour sa formation deux conditions :

1° Le transfert de la propriété de la chose prêtée (2). Ce transfert doit être effectif; il se réalise par une simple tradition, car les choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent sont *nec mancipi.*

Cette première condition a reçu de nombreuses atténuations qui, pour la plupart, sont la conséquence des règles nouvelles admises pour l'acquisition de la possession. La tradition n'est, en effet, autre chose que la remise de la possession. Tant que les Romains confondirent la possession avec la propriété, la règle qui exige que la quantité prêtée passe directement des mains du prêteur aux mains de l'emprunteur, s'expliquait aisément : c'était l'application du principe qu'on ne peut rien acquérir *per extraneam personam.* Mais lorsqu'on eut admis qu'on pouvait acquérir la possession *corpore alieno* et opérer une tradition *per extraneam personam*, on dut logiquement étendre cette règle à la tradition servant à réaliser un *mutuum.* Cette tradition peut donc avoir lieu désormais sans que les choses prêtées soient livrées matériellement à l'emprunteur par le prêteur; elle s'effectue *brevi manu* (3).

(1) Paul, 28 ad Ed., D., XII, 1, 2, 1.

(2) Si le prêteur se borne à promettre à l'emprunteur de lui prêter de l'argent, il y a là une convention spéciale, mais pas de *mutuum.* Le pacte *de mutuo dando* est sans valeur juridique, à moins qu'il n'ait été confirmé par une stipulation (Paul, D., XLV, 1, 68). Il est subordonné à la condition tacite que le futur emprunteur restera solvable jusqu'à la réalisation du prêt (Jul., ap. Afr., D., XLVI, 3, 38 pr.).

(3) Applications : 1° Le cas le plus simple est la conversion d'un dépôt en *mutuum* : le déposant autorise le dépositaire à se servir de l'argent qu'il lui a confié. Le dépositaire, qui n'avait que la détention, acquiert la possession et par suite la propriété (Nerv., Proc., Marcel., ap. Ulp., 26 ad Ed., D., XII, 1, 9, 9; Jul., ap. Afr., 8 Quæst., D., XVII, 1, 34). — 2° On a admis moins facilement la formation du *mutuum* lorsqu'un créancier charge son débiteur de payer aux mains de l'emprunteur : ici en effet, l'argent n'appartient pas au prêteur. Ulpien reconnaît qu'il y a une singularité (*Singularia quædam recepta sunt circa pecuniam creditam*) : tout se passe, dit-il (31 ad Ed., D., XII, 1, 15. Cf. Jul., ap. Afr., *l. c.*), comme si le débiteur avait compté l'argent à son créancier et que celui-ci l'eût à son tour remis à l'emprunteur; mais il faut que l'*accipiens* sache de la part de qui l'argent lui est compté. — 3° La résistance fut plus vive pour la conversion du mandat en *mutuum.* D'après Julien (*loc. cit.*), le mandant ne peut autoriser le mandataire à conserver comme argent prêté les sommes qu'il l'a chargé de recouvrer : ce serait dénaturer le rapport contractuel que le mandat a établi entre les parties; un simple pacte est impuissant à produire ce résultat. Une double numération est nécessaire : du mandataire au mandant, puis du mandant au mandataire. Ulpien (*l. c.*) ne voit

Le transfert de propriété suppose que le prêteur est propriétaire de la chose prêtée et capable d'aliéner. Si le prêteur n'est pas propriétaire, le *mutuum* ne peut se former (1) : l'emprunteur n'acquiert sur la chose que le pouvoir de s'en servir en fait, mais non en droit; il est exposé à être poursuivi par le véritable propriétaire soit par l'action en revendication, soit par une *condictio*. Mais s'il a consommé de bonne foi la quantité prêtée, ne doit-on pas tenir le prêt pour valable, puisque l'*accipiens* en retire le même profit que si le *tradens* avait été propriétaire? Les textes ne paraissent pas favorables à cette manière de voir : ils accordent bien au *tradens* une *condictio*, mais cette action a son fondement, non dans le contrat de *mutuum*, mais dans le fait de la remise de l'objet (2). Le *mutuum* serait valable, si le prêteur avait l'assentiment exprès ou tacite du propriétaire : tel serait le cas d'un mandataire ou de l'administrateur d'un pécule (3). Le *mutuum* se formerait également s'il était conclu au nom d'un tiers par le propriétaire de l'objet prêté (4). Le prêt pour le

aucune difficulté à supposer accomplie cette double numération : à son avis, on peut, par un simple pacte, convertir en *mutuum* un contrat quelconque. — 4° Ulpien admet, contrairement à Julien, la formation du *mutuum* dans le cas où je remets à quelqu'un une chose pour qu'il la vende et garde à titre de prêts l'argent qu'il en retirera. Le futur emprunteur est censé avoir remis le prix de vente au propriétaire de la chose qui lui restitue cet argent à titre de prêt (Ulp., 26 ad Ed., D., XII, 1, 11 pr.). Si la chose remise pour être vendue périt avant la vente, les risques sont pour celui qui l'a reçue, lorsque le propriétaire n'a eu d'autre motif pour vendre que le désir de rendre service. Dans le cas contraire, les risques sont pour le *tradens* (Nerva, ap. Ulp., *eod.*). Si l'*accipiens* ne trouve pas à vendre ou si, après avoir vendu, il renonce à emprunter l'argent qu'il a reçu, le propriétaire a contre lui l'action *præscriptis verbis* pour se faire rendre la chose ou le prix (Lab., ap. Ulp., 31 ad Ed., D., XIX, 5, 19 pr.). — 5° Si je vous remets des objets pour un prix déterminé en convenant que vous le garderez à titre de prêt, tout se passera comme si ces objets vous étaient vendus : le prix d'estimation vous sera laissé comme argent prêté (Diocl., C., IV, 2, 8). Cette décision n'était pas très heureuse, car elle pouvait déguiser un contrat usuraire. — 6° On admit enfin la formation du *mutuum* lorsque le prêteur, au lieu de remettre de l'argent, délègue une créance à l'emprunteur (Cels., 5 Dig., D., XII, 1, 32), ou lorsqu'il s'oblige lui-même envers un tiers délégué par l'emprunteur (Pap., 3 Resp., D., XIV, 3, 19, 3). Aux yeux des Romains, la délégation vaut argent comptant (Jul., 90 Dig., D., XLVI, 1, 18 : *Qui debitorem suum delegat, pecuniam dare intelligitur*).

(1) Paul, 28 ad Ed., D., XII, 1, 2, 4.

(2) Jul., 10 Dig., *eod.*, 19, 1 : *Consumpta pecunia, condictionem habet... non alia ratione, quam quod facto ejus intelligitur ad eum qui acceperit pervenisse.* Cf. Pomp., D., XLIV, 7, 24, 2, qui suppose un prêt consenti par un fou; Pap., ap. Ulp., 26 ad Ed., D., XII, 1, 13, 1.

(3) Scæv., 31 Dig., D., XXXIX, 5, 35, 2; Paul, D., XLV, 1, 126, 2.

(4) Cela ne fait pas de doute dans le cas où l'acte a lieu avec l'assentiment du tiers. Cf. Paul, *h. t.*, 2, 4 : *Id enim tale est quale si voluntate mea tu des pecuniam : nam mihi actio adquiritur, licet mei nummi non fuerint.* Ariston, Julien estiment qu'il doit en être de même si le prêt a été consenti en l'absence et à l'insu de celui pour le compte de qui il a été fait (ap. Ulp., 26 ad Ed., *eod.*, 9, 8). Cette décision ne peut se concilier avec les principes généraux que si elle est subordonnée à la rati-

compte d'autrui était, dit Julien, d'un usage courant (*quotidie*). C'étaient sans doute les banquiers qui étaient chargés par leurs clients de remettre l'argent à l'emprunteur (1).

En résumé, à la fin de l'époque classique, on n'exige plus, pour la formation du *mutuum*, le transfert de propriété du prêteur à l'emprunteur : on se contente de la translation d'une valeur d'un patrimoine à un autre, et cette translation peut se faire par l'intermédiaire d'un tiers.

Le transfert de propriété doit être consenti par un propriétaire capable d'aliéner. Si le prêteur est un incapable, un pupille, par exemple, il peut revendiquer l'argent prêté s'il n'a pas été consommé. Dans le cas contraire, il aura la *condictio* ou l'action *ad exhibendum*, suivant que l'argent aura été consommé de bonne ou de mauvaise foi (2).

2° Une convention par laquelle l'emprunteur s'oblige à rendre une quantité équivalente de choses de même qualité.

Le *tradens* et l'*accipiens* doivent avoir la volonté de faire naître cette obligation (3), sans quoi il y aurait donation. Si cette volonté n'existe que chez l'une des parties, la tradition transférera la propriété, mais le *tradens* pourra, par une *condictio sine causa*, recouvrer les choses qu'il a livrées (p. 239, 4).

L'emprunteur doit être capable de s'obliger : s'il est incapable, le *mutuum* ne se forme pas, mais l'emprunteur sera passible d'une *condictio sine causa* et tenu de rendre ce qu'il a reçu. Le pupille qui emprunte sans l'*auctoritas* de son tuteur, n'est tenu que dans la mesure de son enrichissement (p. 154, 2).

§ 2. *Obligation résultant du* mutuum. — Le *mutuum* est un contrat unilatéral : l'emprunteur est seul obligé; il doit rendre une quantité équivalente à celle qu'il a reçue. On peut, par une clause spéciale, l'autoriser à rendre moins, 9 au lieu de 10 : dans ce cas, le *mutuum* se forme pour 9, et il y a donation du surplus (4). Mais l'emprunteur ne peut s'obliger à rendre plus qu'il n'a reçu (5). Le *mutuum* est essentiellement gratuit.

fication du tiers : le *mutuum*, comme tout autre contrat, ne peut se former sans un accord de volontés (Cels., 5 Dig., *eod.*, 32). On a fait remarquer que si le raisonnement de Julien conduit à admettre la formation du *mutuum*, le texte se borne à dire que le tiers, à l'insu duquel l'argent a été remis, acquerra la *condictio*. Cette *condictio* pourrait bien être, non pas l'action résultant du *mutuum*, mais une simple action en répétition. Cf. Pernice, *Labeo*, III, 222.

(1) Le cas prévu par Ariston est celui où le banquier prête, en l'absence de son client, mais suivant son intention présumée.

(2) Inst., II, 8, 2; Jul., 10 Dig., D., XII, 1, 19, 1.

(3) Paul, 2 Inst., D., XLIV, 7, 3, 1

(4) Proc., ap. Ulp., 26 ad Ed., D., XII, 1, 11, 1.

(5) Paul, 3 ad Ed., D., II, 14, 17 pr. : *Re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.*

L'emprunteur doit rendre des choses du même genre et de la même qualité que celles qu'il a reçues. Il faut aussi qu'elles soient également bonnes : cette condition est sous-entendue; bien que le *mutuum* soit un contrat de droit strict (I, 632, 2), on tient compte de l'intention des parties (1). L'emprunteur n'est pas libéré par la perte fortuite de ce qu'il a reçu : il est débiteur d'un genre et non d'un corps certain (2).

Le *mutuum* est ordinairement consenti pour un temps limité fixé par le contrat. Parfois le terme est tacite, lors, par exemple, que le prêteur a reçu d'avance des intérêts pour un certain temps. Le *mutuum* peut aussi être fait sous condition (3).

§ 3. *Sanction.* — Le *mutuum*, comme la stipulation, est sanctionné par l'action *certæ creditæ pecuniæ* quand il a pour objet de l'argent; par la *condictio triticaria*, quand il a pour objet des denrées. Pour obtenir gain de cause, le prêteur doit prouver la réunion des conditions requises pour l'existence du contrat (4). Cette preuve est simplifiée dans le cas où, suivant l'usage, le *mutuum* a été suivi d'une stipulation : il suffit d'établir l'existence du contrat verbal. La preuve est simplifiée plus encore par l'emploi des écrits probatoires, terminés par la clause de stipulation : le prêteur n'a qu'à produire la *cautio* souscrite par l'emprunteur et scellée par lui (5). Mais ce mode de preuve donna lieu à des abus.

§ 4. *Querela non numeratæ pecuniæ.* — En pratique, le prêteur ne comptait l'argent qu'après avoir reçu la *cautio :* si pour une cause quelconque le prêt n'était pas réalisé, l'écrit n'en conservait pas moins sa valeur. Le souscripteur du billet n'avait que la ressource de réclamer son billet par une *condictio* (6) ou, s'il était poursuivi, d'opposer une exception de dol ou une exception *in factum*, l'exception *non numeratæ pecuniæ* (7). Dans le premier

(1) Pomp., 27 ad Sab., D., XII, 1, 3 : *In contrahendo quod agitur pro cauto habendum est.*

(2) P. 182. Gaius, 2 Aur., D., XLIV, 7, 1, 4.

(3) Flor., 8 Inst., D., II, 14, 57 pr.; Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 4, 2, 6. Cf. 2 ad Ed., D., XII, 1, 10; Scæv., 28 Dig., D., XLV, 1, 122 pr.

(4) En principe, le prêteur n'a pas à s'occuper de l'emploi que l'emprunteur compte faire de l'objet prêté. Les jurisconsultes classiques considèrent cependant comme contraire aux bonnes mœurs et par suite annulent le prêt d'argent consenti sciemment à une personne qui veut en faire un mauvais usage (Ulp., D., XVII, 1, 12, 11, relatif à un *adolescens luxuriosus*; Paul, D., IV, 4, 24, 4). Cf. t. Ier, 509, 3. Le droit français n'admet pas que le juge recherche le motif du contrat, mais le Code civil allemand (art. 138) paraît lui conférer ce pouvoir. Cf. Saleilles, *Déclaration de volonté*, 255 et 264-268.

(5) Cf. sur l'usage du sceau, les quittances du banquier de Pompéi, L. Cæcilius Jucundus, et les articles cités p. 36, 5.

(6) Alex., C., IV, 30, 7; Gord., *eod.*, II, 6, 3; Diocl., *eod.*, IV, 9, 4.

(7) Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 4, 4, 16; 7 Disp., D., XVII, 1, 29 pr.

cas, il devait prouver que son engagement était sans cause; dans le second, qu'il n'avait pas reçu l'argent. Cette preuve n'était pas toujours facile; plus d'un débiteur fut victime de la mauvaise foi de son créancier.

Une importante innovation fut consacrée, au IIIe siècle, par Caracalla : le fardeau de la preuve fut déplacé. Toutes les fois que l'exception *non numeratæ pecuniæ* est opposée dans le délai d'un an (utile?), l'écrit constatant la stipulation perd sa force probante, et le demandeur est tenu de prouver que le prêt a été réalisé (1). Caracalla permit en outre au souscripteur du billet de protester contre son contenu. Cette protestation (*contestatio*), à la condition d'être faite dans un certain délai, rend l'exception *non numeratæ pecuniæ* perpétuelle; elle constitue, avec l'exception, l'un des deux modes d'exercer la *querela non numeratæ pecuniæ*. Cette *querela* fut maintenue par le droit postérieur, mais le délai d'un an fut porté à cinq ans par Dioclétien (2). Passé ce délai, aucune contestation n'est admise de la part du souscripteur du billet.

§ 5. *Stipulation d'intérêts.* — Le *mutuum* étant un contrat à titre gratuit, le prêteur ne peut exiger des intérêts. Il n'acquiert ce droit qu'en vertu d'un contrat spécial et distinct du *mutuum* (I, 633) ; une stipulation est nécessaire : un simple pacte serait inefficace (3), ou du moins il ne conférerait pas au prêteur le droit d'agir en justice; il ne produirait qu'une obligation naturelle (p. 347, 4).

Cette règle n'a pas été appliquée : *a*) aux prêts consentis par des cités : les contrats conclus entre l'Etat ou les cités et les particuliers ne sont soumis à aucune forme; *b*) au *mutuum* de denrées : celui qui emprunte du blé ou de l'orge peut, par un pacte joint au *mutuum*, s'engager à rendre plus qu'il n'a reçu (4). La raison de cette différence est, d'après un rescrit de Philippe, que les denrées n'ont pas une valeur fixe comme l'argent (5). Cette raison ne serait pas aujourd'hui admise : le cours de l'argent, comme celui de toute autre marchandise, est susceptible de

(1) P. 354, 4. C'est une dérogation à la règle *reus excipiendo fit actor*, admise en faveur des faibles à l'encontre des *potentiores*. Cf. MONNIER, *N. Rev. hist.*, XXIV, 171. La date du rescrit n'a pas été conservée, mais C., VIII, 3, 2, 1, prouve qu'en 197 la règle ancienne était encore en vigueur.

(2) ALEX., C., IV, 30, 8 ; CAR., *eod.*, 4 ; C. Herm., 1.

(3) P. 351, 4. JUL., ap. AFR., 8 Quæst., D., XIX, 5, 24.

(4) ALEX., C., IV, 32, 12. Cf. GORD., *eod.*, 16. Cette exception a été étendue par Philippe à l'huile et à toute espèce de fruits.

(5) PHILIP., *eod.*, 23 : *Oleo quidem vel quibuscumque fructibus mutuo datis, incerti preti ratio additamentum usurarum ejusdem materiæ suasit admitti.*

variation. Il est plus probable que l'on a consacré ici une règle du droit pérégrin : ces rescrits ont été rendus très peu de temps après l'édit de Caracalla et sont adressés à des personnes portant des noms grecs (1) ; *c*) au prêt à la grosse.

§ 6. *Taux des intérêts.* — Les intérêts (*usuræ*) sont une redevance périodique que l'emprunteur est tenu de payer au prêteur tant qu'il n'a pas remboursé le capital. Cette redevance, qui forme le revenu du capital, consiste en argent ou en denrées suivant la nature des objets prêtés.

Les parties ne sont pas libres de fixer à leur gré le taux des intérêts : de bonne heure, la loi a protégé l'emprunteur contre les exigences des prêteurs. Depuis la fin de la République, le taux légal des intérêts est calculé à raison de 1 pour 100 par mois (*centesimæ usuræ*) ou 12 pour 100 par an (2). Dans la pratique, on se contentait en général de la moitié (*semisses usuræ*), 1/2 pour 100 par mois, ou 6 pour 100 par an (3). L'usage étant de compter les intérêts le premier de chaque mois (aux calendes), on donna le nom de *calendarium* au livre sur lequel les capitalistes inscrivaient les prêts qu'ils avaient consentis (4). Les écrits constatant ces prêts étaient les *instrumenta calendarii;* l'action intentée pour réclamer les intérêts est l'*actio calendarii* (5).

Le prêteur qui stipule des intérêts supérieurs au taux légal, encourt l'infamie (6); la stipulation est nulle pour l'excédent. Si l'emprunteur paye des intérêts usuraires, le payement s'impute sur le capital ou peut être répété si le capital est remboursé (7).

La loi ne s'est pas contentée de protéger l'emprunteur contre la stipulation d'intérêts excessifs; elle le protège aussi contre l'accumulation des intérêts : *a*) les intérêts cessent de courir lorsque l'arriéré devient égal au chiffre du capital. Le prêteur ne peut, au jour de l'échéance, exiger, sous forme d'intérêts, une somme supérieure au capital (8) ; *b*) l'anatocisme est prohibé (9) :

(1) Cf. Kniep, *Præscriptio*, p. 132.

(2) Cic., *ad Att.*, I, 12; V, 21. Pour l'époque antérieure, t. Ier, 350, 379, 631.

(3) Si les parties ne se sont pas clairement expliquées, les intérêts ne pourront pas être exigés (Mod., 3 Resp., D., XXII, 1, 41, 2).

(4) Sen., *De benef.*, VII, 10; Afr., 8 Quæst., D., XII, 1, 41; Scæv., 15 Dig., D., XXXIII, 8, 23 pr.

(5) Scæv., 6 Dig., D., XXXIII, 7, 27, 3; Pap., 5 Resp., D., XXVI, 7, 39, 14. On trouve aussi des exemples de legs (Jul., ap. Afr., 6 Quæst., D., XXXII, 64) et d'usufruit du *calendarium* (Scæv., 33 Dig., D., XXXIII, 2, 37).

(6) Diocl., C., II, 12, 20.

(7) Sev., ap. Ulp., D., XII, 6, 26 pr. ; Phil., C., IV, 32, 18.

(8) Carac., C., IV, 32, 10; Ulp., D., XII, 6, 26, 1 : *Supra duplum autem usuræ et usurarum usuræ nec in stipulatum deduci nec exigi possunt; et solutæ repetuntur quemadmodum futurarum usurarum usuræ.*

(9) Cette prohibition existait à la fin de la République (Varr., *De l. l.*, V, 183;

il est défendu de stipuler que les intérêts non payés seront capitalisés (1). De ces dispositions, il ne faudrait pas conclure que l'usure a disparu sous l'Empire : la loi était fréquemment éludée. Dans les provinces orientales, on trouve la trace d'un usage très répandu et qui permettait d'exiger des intérêts usuraires : l'emprunteur promettait, à titre de peine, en cas de non payement à l'échéance, 50 pour 100 en sus du capital (ἡμιόλιον). Le capital ainsi accru de moitié continuait à produire des intérêts (2).

§ 6. *Des personnes incapables de prendre part à un* mutuum. — La capacité requise pour prendre part à un *mutuum* est en principe régie par le droit commun. Par exception, la capacité de prêter est refusée aux gouverneurs de province, ainsi d'ailleurs que la capacité de faire toute autre négociation (3). La capacité d'emprunter est refusée aux fils de famille, mais seulement pour le prêt d'argent. Cette incapacité est un signe certain de la décadence de la moralité dans la famille : on a voulu protéger le père de famille contre les manœuvres d'un fils qui ne reculerait pas devant un parricide pour se libérer envers ses créanciers.

Une loi Claudia de l'an 47 défendit de consentir à un fils de famille un prêt d'argent remboursable après la mort du père (4). Quelques années plus tard, sous le règne de Vespasien (69-79), le Sc. Macédonien élargit cette prohibition : il l'étendit à tous les prêts d'argent quelle qu'en fût l'échéance, et sans distinguer s'ils étaient gratuits ou accompagnés d'une stipulation d'intérêts, si le capital avait été ou non stipulé (5).

Tout autre contrat, vente, louage, fidéjussion, échappe à la

Liv., II, 23; VI, 14; Fest., v° *Versuram*). Elle s'appliqua d'abord à la capitalisation par mois : Cicéron, étant gouverneur de Cilicie, permit la capitalisation par année (*ad Att.*, V, 21, 11, 12); mais il cite un sénatus-consulte qui, bientôt après, interdit *ut centesimæ perpetuo fœnore ducerentur*. Cf. pour l'ancien droit, I, 378, 7; 630, 1. Le mot anatocisme, dérivé du grec, n'existe pas en latin; on a cru le trouver dans *C. I. L.*, X, 3334, l. 30, mais ce passage est apocryphe.

(1) Marc., 14 Inst., D., XXII, 1, 29 : *Placuit, sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit sive usurarum usuras : quod illicite adjectum est, pro non adjecto haberi et licitas peti posse.* Cf. Mod., D., XLII, 1, 27. Cette défense s'applique sûrement aux intérêts à échoir. Quelques auteurs pensent qu'elle s'applique également, avant Justinien, aux intérêts déjà échus : les textes ne paraissent pas favorables à cette nouvelle restriction à la liberté des parties. — La défense de stipuler les intérêts des intérêts est étrangère au cas où un mandataire, chargé de recouvrer les intérêts dus au mandant, les a employés à son usage personnel; il est tenu d'en payer l'intérêt comme s'ils formaient un capital (Scæv., D., XXVI, 7, 58, 1 et 4 : *Totum sortis vice fungitur;* Pap., ap. Ulp., D., XVII, 1, 10, 3).

(2) Gell., XVIII, 14; Papyrus du Louvre, 7, l. 14; 8, l. 12; Wescher, Foucart, n° 341; Homolle, *B*in *Corr. hellén.*, VI, 64. Cf. Mitteis, 510; Billeter, *Geschichte des Zinsfusses im gr. röm. Alterthum*, 1898.

(3) Mod., 10 Pand., D., XII, 1, 33. Cf. p. 245, 1.

(4) Tac. (*Ann.*, XI, 13) n'indique pas la sanction.

(5) Ulp., 29 ad Ed., D., XIV, 6, 7, 3; 1 pr.; 7, 9; Scæv., 2 Quæst., *eod.*, 4.

règle posée par le sénat, alors même qu'il serait préjudiciable au fils de famille (1). Exception fut faite pour le cas où ce contrat aurait été conclu frauduleusement pour dissimuler un *mutuum*. On fit une réserve analogue pour le cas où un prêt d'argent aurait été déguisé sous la forme d'un prêt de denrées (2).

La prohibition ne s'applique pas à l'emprunt contracté par un fils de famille militaire si le montant n'excède pas la valeur du *peculium castrense* (3) ; — lorsque le père a donné son assentiment, a ratifié, ou a profité de l'argent prêté (4) ; — lorsque le prêteur n'a pas su ou n'a pu raisonnablement savoir qu'il traitait avec un fils de famille (5).

Le prêt consenti contrairement au sénatus-consulte n'est pas frappé de nullité : le sénat s'est borné à refuser au prêteur toute action en justice. Mais il faut que la contravention soit évidente : s'il y a doute, le magistrat délivrera la formule, en y insérant une exception pour inviter le juge à examiner si le sénatus-consulte a été violé. Cette exception peut être invoquée par le père poursuivi *de peculio* (6). Le fils de famille qui a négligé d'opposer cette exception peut encore le faire après le jugement, lorsqu'il est poursuivi par l'action *judicati*. Il peut renoncer à s'en prévaloir lorsqu'il est devenu *sui juris* (7) ; dans ce cas, l'obligation a la valeur d'une obligation civile : jusque là, ce n'est qu'une obligation naturelle. L'emprunteur qui, devenu *sui juris*, paye sa dette même par erreur, ne peut exercer la répétition de l'indû (8).

§ 7. *Prêt à la grosse.* — Le prêt maritime (*nauticum fœnus*), dont les Romains ont emprunté l'idée aux Grecs, rappelle par son nom et par le droit qu'il confère au prêteur d'exiger des intérêts, le prêt usité dans la Rome antique (9). Il ne se rapproche du *mutuum* qu'en un point : c'est un contrat non solennel.

1° La *nauticum fœnus* est un contrat aléatoire : on l'appelle aujourd'hui prêt à la grosse (aventure), parce que le remboursement du capital et le payement des intérêts sont subordonnés à la condition que le navire qui porte les objets prêtés arrivera à

(1) Nerat., Cels., ap. Ulp., *eod.*, 7 pr. ; Ulp., 3, 3.
(2) Jul., ap. Ulp., *eod.*, 7 pr.; Ulp., 7, 3.
(3) Ulp., 29, 64 ad Ed., *eod*,, 1, 3; 2.
(4) Jul., ap. Ulp., *eod.*, 7, 11-12; 7, 15; Paul, *eod.*, 17.
(5) Jul., ap. Pomp., *eod.*, 19; Ulp., *eod.*, 3 pr., 2; Pertinax, C., IV, 28, 1.
(6) Ulp., *eod.*, 7, 10; 9, 3.
(7) Jul., ap. Ulp., *eod.*, 11; Sev., Car., C., IV, 28, 2.
(8) Paul, D., XIV, 6, 10; Ulp., D., XII, 1, 14; Marc., D., XII, 6, 40 pr.
(9) Le *nauticum fœnus* était usité au temps de Cicéron (Serv., ap. Ulp., 77 ad Ed., D., XXII, 2, 8).

bon port (1) : s'il fait naufrage, l'emprunteur est libéré. Le prêteur supporte les risques de mer depuis le moment fixé pour le départ du navire jusqu'au moment de l'arrivée (2); pour les réduire au minimum, on avait l'habitude de fixer le délai pendant lequel ils seraient à la charge du prêteur et la route que le navire devrait suivre (3).

2° Ce n'est pas un contrat à titre gratuit comme le *mutuum* : le prêteur a droit à des intérêts en vertu d'un simple pacte (4).

3° Les parties peuvent convenir que l'emprunteur payera des intérêts supérieurs au taux légal : c'est le prix du risque (5).

4° Anciennement, le *nauticum fœnus* avait pour objet de l'argent. C'est l'argent qui, transporté par navire, était soumis aux risques de mer; de là, le nom de *trajectitia pecunia* (6). Souvent le prêteur faisait embarquer sur le même navire un esclave chargé de toucher le capital et les intérêts au lieu convenu et d'en faire un emploi déterminé. Il était d'usage de stipuler une peine en cas de retard dans le payement (7); ce retard pouvait empêcher l'esclave de faire utilement les achats qui lui étaient prescrits (8). Plus tard, on permit d'employer sur place l'argent prêté pour acheter des marchandises d'exportation : ici ce sont les marchandises qui voyagent aux risques du prêteur; d'ordinaire, elles étaient affectées au gage du prêteur (9).

Malgré ces différences, le *nauticum fœnus* est qualifié par certains textes *mutuum* (10); comme lui, il est sanctionné par une action de droit strict (11). Ulpien dit en effet qu'il donnait lieu à la délivrance de l'action arbitraire *de eo quod certo loco*, lorsque le remboursement devait se faire dans un lieu autre que celui où

(1) PAUL, 25 Quæst., *eod.*, 6 : *Trajectitia pecunia ita datur, ut non alias petitio ejus creditori competat quam si salva navis intra statuta tempora pervenerit.*

(2) MOD., 4 Reg., *eod.*, 3; DIOCL., C., IV, 33, 1. En dehors de cette période, le droit commun reste applicable.

(3) DIOCL., C., IV, 33, 3; PAUL, 25 Quæst., *eod.*, 6.

(4) SCÆV., *eod.*, 5, 1. Ces décisions exceptionnelles ont été étendues par la jurisprudence à tout autre prêt ayant un caractère aléatoire (*Ibid.*, 5 pr.).

(5) SCÆV., 6 Resp., *eod.*, 5 pr. Justinien (C., IV, 32, 26, 2) les a limités à 12 %. Voir cep. JHERING, *Iahrb.*, XIX, 1; MATTHIAS, *Das fœnus nauticum und die geschichtliche Entwickelung der Bodmerei*, 1881, p. 29.

(6) MOD., 10 Pand., *eod.*, 1 : *Trajectitia pecunia ea est, quæ trans mare vehitur.*

(7) PAP., *eod.*, 4, 1; SERV., ap. ULP., 8; LAB., 5 Pith. ep., *eod.*, 9. Il était aussi d'usage de mettre les services de l'esclave à la disposition de l'emprunteur moyennant un certain prix (JUL., ap. Afr. 7 Quæst., D., XLIV, 7, 23).

(8) SCÆV., XLV, 1, 122, 1. Cf. sur ce texte le mémoire de STELLA MARANCA, 1901.

(9) MOD., 10 Pand., D., XXII, 1, 1; PAUL, 25 Quæst., *eod.*, 6; SCÆV., *loc. cit.*

(10) SCÆV., 28 Dig., D., XLV, 1, 122, 1 : *Mutua pecunia nautica*; PAUL, 25 Quæst., D., XXII, 2, 6 : *Pecuniam sub usuris maritimis mutuam dando.*

(11) Cujas et Savigny l'ont contesté. D'après Cujas, le prêt à la grosse aurait un double caractère : *mutuum* pour le capital, contrat innomé pour le profit maritime;

se trouvait le débiteur; or, cette formule n'a pas d'application dans les contrats de bonne foi (1).

II. Commodat. — § 1er. *Notion du commodat.* — Le commodat est, au Ier siècle de l'Empire (2), un contrat par lequel une personne, appelée commodant, remet gratuitement à une autre personne, appelée commodataire, une chose pour s'en servir, mais à charge de la rendre au bout d'un certain temps.

Le commodat peut avoir pour objet toute espèce de choses corporelles, même un immeuble (3), même une chose qui se consomme par le premier usage, pourvu que ce soit *ad pompam et ostentationem* (4).

Le commodat exige pour sa formation deux conditions : la remise d'une chose au commodataire; une convention par laquelle celui-ci s'oblige à la rendre au commodant.

La remise de la chose s'effectue par une simple tradition qui ne confère ici que la détention : le commodant garde la propriété et la possession (5). Le commodat peut d'ailleurs être consenti par un non-propriétaire, même par un voleur (6).

Le commodat étant un contrat synallagmatique imparfait, engendre des obligations à la charge du commodataire, parfois aussi à la charge du commodant.

§ 2. *Obligations résultant du commodat.* — 1° La principale obligation du commodataire est de rendre la chose prêtée au temps et au lieu convenus; à défaut de convention, quand elle a servi à l'usage pour lequel elle a été empruntée. Le com-

le prêteur aurait l'action *certæ pecuniæ* pour l'un, l'action *præscriptis verbis* pour l'autre. D'après Savigny, le prêt à la grosse serait pour le tout un contrat innomé. Il suffit, pour écarter ces deux opinions, de constater que le prêt à la grosse était usité au temps de Servius et que la notion des contrats innomés est bien postérieure.

(1) 27 ad Ed., D., XIII, 4, 2, 8; Paul, 28 ad Ed., *eod.*, 7 pr. Il resterait à savoir comment on a de très bonne heure sanctionné une convention si différente du *mutuum*. Cette sanction est-elle due à la coutume ou au Préteur pérégrin? Aucun indice n'a permis jusqu'ici de résoudre ce problème.

(2) Pour l'histoire du commodat, voir t. Ier, p. 633. L'action *commodati directa* est mentionnée par Sabinus (ap. Paul, D., XVII, 2, 38 pr.); l'action contraire par Labéon (ap. Paul, 29 ad Ed., D., XIII, 6, 17, 5). Karlowa (II, 603) pense que l'action civile existait au temps de Q. Mucius : c'est à ce jurisconsulte que l'on doit la règle sur la responsabilité du commodataire (ap. Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 6, 5, 3); d'autres règles, qui impliquent que l'action de commodat est de bonne foi, sont attribuées aux *veteres* (*Ibid.*, 5, 6 et 11). Mais le commodat, avant d'être sanctionné par une action civile de bonne foi, dut parfois donner lieu à un *arbitrium honorarium* (I, 692). Ulpien (3, 3), parlant de la *condemnatio* de l'action *in factum*, dit : *quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat.*

(3) L'opinion de Cassius a prévalu ici sur celle de Labéon (ap. Ulp., 28 ad Ed., *eod.*, 1, 1). Sur le commodat d'une habitation, voir t. Ier, p. 623, 3.

(4) Ulp., *eod.*, 3, 6; ou *dicis gratia;* Gaius, 1 de Verb. obl., *eod.*, 4.

(5) Pomp., 5 ad Sab., *eod.*, 8; Ulp., 2 ad Ed., *eod.*, 9.

(6) Paul, *eod.*, 15; Marcel., 5 Dig., *eod.*, 16.

modant pourrait la réclamer auparavant, mais non d'une manière intempestive : il dépendait de lui de ne pas prêter ; le contrat une fois conclu, il doit en subir les conséquences alors même qu'elles lui sont préjudiciables (1).

Le commodataire doit rendre la chose telle qu'il l'a reçue avec tous les fruits et produits s'il y en a (2).

Jusqu'à la restitution, le commodataire doit conserver la chose comme un bon père de famille ; il est responsable de la perte ou de la détérioration survenue par sa faute (3). Par exception, il n'est tenu que de son dol ou de sa faute lourde lorsque le prêt a eu lieu dans l'intérêt du commodant. A l'inverse, il répond des cas fortuits lorsque la chose lui a été livrée après estimation (4).

Le commodataire ne peut employer la chose qu'à l'usage convenu, sous peine de commettre un *furtum usus*. Dans ce cas, il est passible et de l'action *commodati* et de l'action *furti ;* il doit réparer le préjudice causé et payer une amende (5) ; de plus, il répond ici de la perte survenue par cas fortuit.

2° Le commodant est tenu d'indemniser le commodataire de toutes les dépenses faites pour la conservation de la chose, par exemple les frais de maladie. Les dépenses que comporte l'usage de la chose, comme les frais de nourriture, restent à la charge du commodataire. Le commodant répond aussi du dol et de la faute lourde commis au préjudice du commodataire (6).

A titre de garantie, le commodataire jouit d'un droit de rétention pour toute créance qui a sa cause dans le commodat (7). Il a de plus l'action *commodati contraria* pour faire valoir ses droits contre le commodant (8).

§ 3. *Précaire.* — Le précaire est une institution qui, suivant

(1) Ulp., 5 pr. ; Paul, 17, 3 : *Adjuvari nos, non decipi beneficio oportet.*
(2) Paul, 6 ad Plaut., D., XXII, 1, 38, 10.
(3) Q. Muc., ap. Ulp., 28 ad. Ed., D., XIII, 6, 5, 2; 29 ad Sab., *eod.*, 10 pr. ; Gaius, 9 ad Ed. prov., *eod.*, 18 pr.
(4) Ulp., *eod.*, 5, 10 ; 5, 3.
(5) Cf. Pomp., 38 ad Q. Muc., D., XLVII, 2, 77 pr. ; Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 5, 8.
(6) Gaius, *eod.*, 18, 2-3; Paul, 22 ad Ed., *eod.*, 22.
(7) Jul., 3 ex Min., D., XLVII, 2, 59; Paul, 5 ad Sab., *eod.*, 15, 2.
(8) Cette action était-elle bien utile ? Ne suffisait-il pas de permettre au commodataire poursuivi par l'action directe de former une demande reconventionnelle ? L'action *commodati* est en effet de bonne foi : le juge est autorisé par la clause *ex fide bona*, à tenir compte de tout ce que la bonne foi commande dans l'intérêt des deux parties. L'action contraire sera cependant fort utile dans les cas où le commodant n'intentera pas l'action directe parce qu'il n'y a pas intérêt : 1° lorsque les dépenses faites par le commodataire sont supérieures à la valeur de la chose ; 2° lorsque la chose a péri. Elle sera utile également lorsque le juge de l'action directe ne croira pas devoir tenir compte de la réclamation du commodataire (p. 371, 2).

Ulpien (1), ressemble au commodat : c'est la concession gratuite de l'usage d'une chose. Cette concession est faite sur la prière du bénéficiaire (*precibus petenti*, *precario roganti*) ; elle est essentiellement révocable au gré du concédant.

Anciennement, le précaire fut le moyen employé par les patrons pour subvenir aux besoins de leurs clients (I, 169,2) : ils leur concédaient une parcelle des terres du domaine public qu'ils avaient occupées. La faculté de révoquer *ad nutum* était une conséquence de l'état de dépendance dans lequel le client se trouvait vis-à-vis de son patron. Le précaire a survécu aux circonstances qui l'ont fait naître ; il a reçu des applications nouvelles sans perdre ses traits caractéristiques : il est particulièrement usité en cas de constitution de gage et dans les ventes à terme (2) ; il peut avoir pour objet une servitude (3) aussi bien qu'une chose corporelle (4). Il peut se former entre absents, par lettre ou par messager (5). Il est toujours révocable au gré du concédant, bien qu'il se forme, comme le commodat, entre personnes indépendantes les unes des autres. Il n'implique pas un engagement contractuel ni de la part du bailleur, ni de la part du précariste (6). L'interdit de *precario*, qui sert au bailleur à reprendre sa chose, a son fondement, non dans un contrat, mais dans l'état de fait où se trouve le précariste (*precario habere ab adversario*) (I, 676).

A certains égards la situation du précariste est meilleure que celle du commodataire : il ne répond que de son dol ; il a les interdits possessoires (p. 205, 1). C'est un souvenir de l'époque où le précaire était considéré comme une donation révocable (7). La mort du bailleur ne met pas fin au précaire ; il en est autrement de la mort du précariste (8).

Au cours de l'époque classique, on a quelque peu aggravé la responsabilité du précariste : il est tenu de la faute lourde aussi bien que du dol (9) ; il est tenu même des cas fortuits s'il s'est

(1) 1 Inst., D., XLIII, 26, 1, 3 ; Paul, 13 ad Sab., *eod.*, 14 : *magis ad donationes et beneficii causam quam ad negotii contracti, spectat precarii condicio.*

(2) Aliénation fiduciaire : Gaius, II, 60. Gage : Isid., *Or.* V, 25, 17 ; Cels., 7 Dig., *h. t.*, 11. Vente : Ulp., 2 Resp., *h. t.*, 20 (p. 398, 1 ; 418, 3).

(3) Ulp., 71 ad Ed., *eod.*, 2, 3 ; Pomp., 29 ad Sab., *eod.*, 15, 2 ; Gaius, 3. Cf. Inscr. de Bénévent, Gatti, *Notizie degli Scavi*, 1897, p. 163.

(4) Même mobilière : Ulp., *h. t.*, 4 pr. ; Pomp., *h. t.*, 10.

(5) Gaius, 26 ad Ed. prov., *eod.*, 9.

(6) Pomp. (*eod.*, 1, 3) va jusqu'à dire que si le concédant stipule la restitution de la chose, le précaire s'évanouit. Celsus (25 Dig., *eod.*, 12 pr.) déclare que le bailleur ne peut renoncer, même temporairement, à la faculté de révoquer.

(7) Ulp., *eod.*, 8, 3 ; 1, 2. Cf. 2 ad Sab., D., XLVII, 2, 14, 11.

(8) Lab., Sab., Cels., ap. Ulp., *h. t.*, 8, 1 ; Cels., 25 Dig., *eod.*, 12, 1.

(9) Ulp., 8, 3 : *Culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit.*

laissé mettre en demeure (1). Enfin Julien accorde au bailleur, outre l'interdit *de precario*, une *condictio incerti* pour reprendre sa chose (2) : c'est l'application d'une règle générale d'après laquelle, lorsque ma chose est sans cause entre les mains d'autrui, je puis exercer une *condictio* pour en recouvrer la possession (3).

III. Dépot. — § 1er. *Notion du dépôt.* — Le dépôt est, au Ier siècle de l'Empire (3), un contrat réel et de bonne foi par lequel une personne (le déposant) confie une chose mobilière (4) à une autre personne (le dépositaire) qui doit la garder gratuitement et la rendre à première réquisition.

§ 2. *Obligations résultant du dépôt.* — 1° Le dépositaire doit d'abord garder la chose : c'est là le but du dépôt. Il ne peut s'en servir, sous peine de commettre un *furtum usus;* il doit s'abstenir de tout dol (5). Dans le principe, on ne lui demanda rien de plus; Nerva fit admettre, contrairement à l'opinion de Proculus, que la faute lourde serait assimilée au dol (6). Mais le dépositaire ne répond pas, sauf convention contraire, de la perte survenue par sa négligence ni des cas fortuits. Par exception, le dépositaire est responsable de sa faute légère lorsqu'il s'est offert pour garder la chose (7).

Si l'*accipiens* promet de veiller sur la chose en bon père de famille, il y a mandat et non dépôt. S'il exige un salaire, il y a louage ou contrat innommé.

Le dépositaire doit ensuite rendre la chose à la première demande, alors même qu'un terme aurait été fixé dans le con-

(1) *Ibid.*, 8, 6 : *omnem causam debebit constituere.*

(2) 49 Dig., *eod.*, 19, 2. Les jurisconsultes classiques ont-ils fait du précaire un contrat? Il est peu vraisemblable *à priori* qu'ils aient dénaturé cette institution; cependant deux textes du Digeste donnent au bailleur à précaire l'action *præscriptis verbis* qui sanctionne les contrats innomés (Jul., *loc. cit.* : Ulp., *eod.*, 2, 2 *in fine.*) L'interpolation est manifeste dans le premier texte : Julien n'a pas pu dire que la *condictio incerti* est une action *præscriptis verbis.* Elle est non moins certaine dans le texte d'Ulpien, car, dans un autre passage, ce jurisconsulte affirme qu'il n'existe pas d'action civile contre le précariste (D., XLVII, 2, 14, 11). Ces textes ont dû être retouchés au Bas-Empire, et avant Justinien; cette hypothèse est confirmée par un passage des *Sentences* de Paul (V, 6, 10), inséré dans le Bréviaire d'Alaric; il accorde au bailleur à précaire une action civile : *Nam et civilis actio hujus rei sicut commodati competit.* Cf. Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 128.

(3) Sab., ap. Paul, D., XVII, 2, 38 pr.; Ulp., 30 ad Ed., D., XVI, 3, 1, 23.

(4) Il semble cependant que le séquestre puisse avoir pour objet une chose quelconque (Flor., 7 Inst., D., XVI, 3, 17 pr.) : *Nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur.*

(5) Ulp., 30 ad Ed., *eod.*, 1 pr.; 1, 25; Paul, 2 Sent., *eod.*, 29 pr.

(6) Ap. Cels., 11 Dig., *eod.*, 32.

(7) Gaius, D., XLIV, 7, 1, 5; Aristo, Cels., ap. Ner., D., XVII, 1, 39; Ulp., D., XVI, 3, 1, 12-13; 1, 35.

trat (1). Il doit la rendre avec tous ses accessoires. Les frais de port, s'il y en a, ne sont pas à sa charge (2).

2° Le déposant répond de toute faute qu'il a commise au préjudice du dépositaire, pouvu qu'il ait pu en prévoir les conséquences (3). Il est tenu de l'indemniser des dépenses qu'il a dû faire, par exemple des frais de nourriture d'un esclave (4).

Les obligations respectives du dépositaire et du déposant sont sanctionnées, l'une par l'action *depositi directa,* l'autre par l'action *depositi contraria* (5). Comme pour le commodat, l'action prétorienne *in factum* s'est maintenue à côté de l'action *in jus*.

Le contrat de dépôt présente trois variétés : le dépôt misérable ou nécessaire, le dépôt irrégulier, le séquestre.

§ 3. *Dépôt misérable.* — Les interprètes appellent dépôt misérable ou nécessaire celui qui a lieu en cas de tumulte, incendie, ruine ou naufrage. Le déposant n'a pas le temps de choisir le dépositaire : il confie sa chose au premier venu (6). Aussi ce dépositaire est-il tenu plus rigoureusement qu'un dépositaire ordinaire : l'Edit du Préteur prescrit une condamnation au double en cas de dol (7). Par application d'une règle générale à l'époque classique, la responsabilité des héritiers du dépositaire infidèle est atténuée : mais au lieu d'être tenus seulement dans la mesure de leur enrichissement, ils sont tenus *in simplum* (8).

§ 4. *Dépôt irrégulier.* — Le dépôt irrégulier, très usité de nos jours, apparaît à Rome au début de l'Empire (9). Il diffère du dépôt ordinaire en ce que le dépositaire doit rendre, non pas l'objet même qu'il a reçu, mais une quantité équivalente. Il s'applique non à des corps certains, mais à des quantités (p. 182), généralement de l'argent monnayé; il se conclut ordinairement avec un banquier. Le but du déposant est toujours le même :

(1) Jul., *eod.,* 1, 22. Marcellus fait une réserve pour le cas où un obstacle matériel ne permettrait pas de donner immédiatement satisfaction au déposant.

(2) Ulp., *eod.*, 1, 24 ; Pomp., 22 ad Sab., *eod.*, 12 pr., 1.

(3) Jul., ap. Afr., 8 Quæst , D., XLVII, 2, 62, 5 : *Nam licet alioquin æquum videatur non oportere cuiquam plus damni per servum evenire quam quanti ipse servus sit, multo tamen æquius esse nemini officium suum, quod ejus cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperat, damnosum esse.*

(4) Mod., 2 Diff., D., XVI, 3, 23; *Collat.*, X, 2, 5.

(5) Le dépositaire qui se laisse condamner encourt l'infamie (Gaius, IV, 182 ; Jul., 1 ad Ed., D., III, 2, 1 pr.). Il n'en est pas de même du déposant : les actions contraires n'entraînent pas l'infamie (p. 371, 2).

(6) Ulp., 30 ad Ed., D., XVI, 3, 1, 2-3. Cf. C. civ. 1949.

(7) Ulp., *eod.*, 1, 4. Sous Justinien, cette condamnation n'est encourue que dans le cas de négation du dépôt (Inst., IV, 6, 26).

(8) Cette anomalie tient peut-être à ce que la règle générale n'avait pas été encore nettement formulée à l'époque où fut proposé l'Édit sur le dépôt.

(9) Alf., 5 Dig. ep., D., XIX, 2, 31.

mettre son argent en sûreté entre les mains d'une personne de confiance; en conserver la libre disposition. C'est ce qu'on appelle aujourd'hui un dépôt *à vue*.

Le dépôt irrégulier diffère encore du dépôt régulier en ce que le dépositaire peut se servir de l'argent qui lui a été confié : au lieu de déposer des pièces de monnaie individuellement déterminées dans un sac fermé et scellé, c'est une somme que l'on compte au banquier. Le contrat ressemble à un *mutuum :* le dépositaire acquiert la propriété des écus et en supporte les risques. Mais entre ces deux contrats, l'un de bonne foi, l'autre de droit strict, il y a plusieurs différences (1) qui ne permettent pas de les confondre (2).

Il n'y a pas dépôt irrégulier dans le cas où les parties ont eu l'intention de convertir actuellement ou éventuellement un dépôt régulier en un *mutuum :* le changement d'intention ne suffit pas, comme dans le dépôt irrégulier, pour transformer le dépôt en *mutuum* (3); il y a deux contrats distincts : un dépôt et un *mutuum* subordonné à la condition que le dépositaire se servira de l'argent qui lui a été remis. Tant que la condition ne sera pas accomplie, on appliquera les règles du dépôt; après, celles du *mutuum* (4).

§ 5. *Séquestre.* — Il y a séquestre (*in sequestro deponere*), lorsque plusieurs personnes s'entendent pour confier à un tiers un objet à charge de le conserver et de le rendre à l'une d'entre elles sous une condition déterminée (5). Le cas le plus fréquent

(1) 1° Ils diffèrent d'abord par l'intention des contractants (Ulp., 63 ad Ed., D., XLII, 5, 24, 2) : *Aliud est enim credere, aliud deponere.* Le dépositaire rend un service au déposant; l'emprunteur en reçoit un du prêteur. 2° Le *mutuum* se fait à terme; le dépôt irrégulier est ordinairement sans terme : le déposant entend conserver la libre disposition de son argent. 3° Un simple pacte suffit pour faire courir les intérêts (Scæv., 1 Resp., D., XVI, 3, 28; Paul, 4 Resp., *eod.*, 26, 1). 4° La mise en demeure fait courir les intérêts à l'égard du dépositaire, parce qu'il est tenu d'une action de bonne foi (Pap., 3 Resp., *eod.*, 25, 1; 9 Quæst., *eod.*, 24). 5° L'action intentée contre le dépositaire ne donne pas lieu à la *sponsio* du tiers, mais elle entraîne l'infamie. 6° La *querela numeratæ pecuniæ* ne s'applique pas à l'écrit constatant un dépôt. 7° En cas d'insolvabilité du dépositaire, le déposant jouit d'un privilège lorsqu'il confie son argent sans exiger d'intérêts (Pap., *eod.*, 8).

(2) Ulpien semble être d'un avis différent : il considère celui qui reçoit des intérêts du banquier comme ayant renoncé au dépôt (*eod.*, 7, 2; cf. D., XLII, 5, 24, 2). Mais Alfenus (*loc. cit.*), Papinien (*h. t.*, 24; 25) et Paul (*eod.*, 26, 1; 29, 1) sont d'accord pour affirmer que le dépôt subsiste. Cf. Dernburg, II, 250, 2-7.

(3) Nerva, Proc., Marcel., ap. Ulp., 26 ad Ed., D., XII, 1, 9, 9.

(4) Ulp., 30 ad Ed., D., XVI, 3, 1, 34; 2 ad Ed., D., XII, 1, 10.

(5) Paul, *h. t.*, 6. L'usage du séquestre sous la République est attesté par Plaut., *Rud.*, IV, 3, 62 : *Merc.*, IV, 3, 20; Cato, frg.; Mod., D., L, 16, 110. Le séquestre peut, avec l'autorisation du préteur, renoncer à la mission qu'il a acceptée; mais il faut une cause grave, et l'on doit prendre les mesures nécessaires pour sauvegarder les intérêts des déposants (Pomp., Ulp, 30 ad Ed., D., XVI, 3, 5, 2).

est celui ou le séquestre a pour objet une chose litigieuse; mais il suffit d'une opposition d'intérêts entre deux personnes pour motiver un séquestre (1) : c'est là le trait caractéristique de ce contrat; en cela il diffère du dépôt ordinaire (2).

Il en diffère également à d'autres égards : *a*) la restitution ne peut être demandée que par un seul des déposants et sous une condition déterminée; *b*) il s'applique aux immeubles aussi bien qu'aux meubles, et même aux personnes; *c*) le séquestre peut avoir la possession; ordinairement, il n'a que la détention : comme à tout dépositaire, la chose lui est remise *custodiæ causa;* mais elle peut aussi lui être livrée *omittendæ possessionis causa* (3) : les parties renoncent respectivement à la possession pour empêcher l'usucapion de s'accomplir au préjudice de l'une d'elles au cours du procès (4); *d*) le séquestre est sanctionné par une action spéciale *sequestraria depositi* (5).

Dans certains cas, le séquestre perd le caractère de dépôt pour prendre celui de mandat : lorsque le dépositaire accepte la mission de vendre l'objet et d'en verser le prix aux mains de celui des déposants qui triomphera dans l'instance (6).

IV. Gage. — § 1er. *Notion du gage.* — Le gage est, au IIe siècle (7), un contrat par lequel une personne remet une chose à

(1) Flor., *h. t.*, 17 pr.; Afr., 8 Quæst., D., XLVI, 3, 39 *in fine;* Gaius, D., X, 2, 5. Le séquestre est parfois ordonné par le juge (Ulp., 33 ad Ed., D., XXIV, 3, 22, 8, Anton., Ver., ap. Papir., 1 de Const., D., XLIX, 1, 21, 3; Ulp., 14 ad Ed., D., II, 8, 7, 2) ou par le Préteur (Ulp., 11 ad Ed., D., XLIII, 30, 3, 6).

(2) Le séquestre peut être chargé de trancher, à titre d'arbitre, le différend qui existe entre les déposants. Le contrat de dépôt est ici accompagné d'un *receptum arbitrii* (Ulp., D., IV, 8, 11, 2). Il en était ainsi dès le temps de Plaute (*l. c.*)

(3) Jul., 2 ex Min., D., XLI, 2, 39. Cf. Flor., 7 Inst., *h. t.*, 17, 1.

(4) A défaut de cette convention, celui des plaideurs qui était en train d'usucaper aurait pu achever l'usucapion puisqu'il continuait à posséder par l'intermédiaire du séquestre. Sans doute, s'il avait perdu son procès, il aurait été condamné à restituer, mais le jugement n'était pas opposable aux tiers à qui il avait pu consentir des droits réels. Ces inconvénients disparaissaient lorsque les parties convenaient de transférer la possession au sequestre : l'usucapion était dès lors interrompue.

(5) Pomp., 22 ad Sab., *eod.*, 12, 2; Lab., ap. Ulp., 11 ad Ed., D., IV, 3, 9, 3. Cf. Lenel, *E.P.*, 231 ; Karlowa, II, 606. Cette action, qui existait au temps de Labéon, ne pouvait être à cette époque, qu'une action *in factum :* elle différait de l'action *in factum depositi* en ce que le Préteur indiquait dans la formule la condition à laquelle la restitution était subordonnée (Arg. Lab., *l. c. : Quoniam... neque sequestraria Seium convenire potes, nondum impleta conditione depositionis*).

(6) Lab., *l. c.* Si par la faute du défendeur, le procès ne pouvait être jugé, le déposant ne pourrait intenter ni l'action *mandati*, ni l'action *sequestraria,* puisque la condition mise à la restitution n'est pas réalisée. Labéon donnait dans ce cas l'action de dol contre le défendeur. Mais Pomponius pense que l'on pourra agir *præscriptis verbis* contre le séquestre.

(7) On ne trouve pas avant Julien (ap. Ulp., 28 ad Ed., XIII, 7, 13 pr.) la trace des actions *pigneraticiæ in jus.* L'action contraire n'existait pas au temps de Sabinus (Ulp., 11 ad Ed., 36 pr.) : les textes du IIe siècle de Pomponius (*eod.*, 3; 8 pr.) sont interpolés. Pour l'histoire antérieure du gage, voir t. Ier, 634.

une autre, non pour s'en servir, mais pour garantir le recouvrement d'une créance, et à charge de la rendre quand la créance sera éteinte.

Il ne faut pas confondre le gage considéré comme contrat avec le gage considéré comme sûreté réelle (1) : le contrat tend à la constitution d'une sûreté réelle ; mais son existence n'est pas subordonnée à la réalisation de cette sûreté (2). Pour que le contrat se forme, deux conditions sont nécessaires : 1° la remise d'une chose ; 2° l'accord de volontés des parties en vue de constituer une sûreté réelle. Que cette volonté se réalise ou non, il n'importe, le contrat n'en produira pas moins ses effets.

§ 2. *Obligations résultant du gage.* — Le gage étant un contrat synallagmatique imparfait, oblige le créancier gagiste, éventuellement le constituant :

1° Le créancier qui reçoit le gage est obligé à le rendre dès qu'il a reçu satisfaction. Il est tenu également de restituer les fruits (3) et tout ce qu'il a acquis à l'occasion de la chose (4). Jusqu'à la restitution, le créancier doit conserver le gage comme un bon père de famille : sa responsabilité est semblable à celle du commodataire (5). Il ne répond pas des cas fortuits, parce qu'il est débiteur d'un corps certain.

2° Le constituant est à son tour obligé à indemniser le créancier des dépenses nécessaires qu'il a faites dans l'intérêt du constituant (6) et du dommage que lui a causé la chose remise en gage ; il doit le décharger des obligations qu'il a contractées en cas de vente du gage (7). Enfin, il est responsable du dol ou

(1) Pour le gage, sûreté réelle, voir p. 304, 6. Le gage avait l'inconvénient de priver le débiteur de l'usage et de la jouissance de sa chose ; on y remédiait par une clause de précaire (p. 393, 3) qui était tenue pour valable bien qu'elle eût pour objet une chose appartenant au précariste (Ulp., D., L, 17, 45 pr.). Le créancier y trouvait l'avantage d'être dispensé de la garde de la chose ; son droit n'était pas compromis, car il pouvait révoquer *ad nutum* sa concession.

(2) Si par exemple la créance qu'on a entendu garantir n'existe pas, la sûreté n'a pas de raison d'être : mais le constituant invoquera le contrat pour réclamer la restitution immédiate du gage (Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 7, 11, 2). Si l'on a donné en gage la chose d'autrui, le créancier n'acquiert pas la sûreté sur laquelle il comptait : il invoquera le contrat pour demander soit une indemnité soit un autre gage (Ulp., 11 et 28 ad Ed., *eod.*, 9 pr. ; 36, 1 ; Paul, 29 ad Ed., *eod.*, 16, 1 ; Marc., 4 Reg., *eod.*, 32). Le constituant lui-même pourra se prévaloir du contrat pour se faire restituer, après payement, la chose qu'il a libérée (Ulp., 9, 4 ; 22, 2).

(3) Ulp., 28, 30 ad Ed., 9, 3 ; 22, 2 ; Sev., Car., C., IV, 24, 1 ; Alex., 3.

(4) Pap., *h. t.*, 22 pr. ; Paul, D., XLVII, 2, 15 pr. ; Jul., ap. Marc., XX, 5, 7 pr.

(5) Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 7, 13, 1.

(6) Pomp., 35 ad Sab., *eod.*, 8 pr. Cette règle doit d'ailleurs s'appliquer *civiliter*, en tenant compte de la situation pécuniaire du constituant (Ulp., 31 ad Ed., *eod.*, 25 : *Medie igitur hæc à judice erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur* ; Paul, D., X, 2, 29 *in f.* ; Car., C. VIII, 14, 6).

(7) Ulp., 30 ad Ed., D., XIII, 7, 22, 4.

de la faute qu'il a commise en donnant en gage une chose qui ne lui appartient pas ou qui n'a pas les qualités nécessaires pour fournir une sûreté sérieuse au créancier (1).

Les obligations respectives du créancier et du constituant sont sanctionnées les unes par l'action *pigneraticia directa,* les autres par l'action *pigneraticia contraria.* De plus, si le constituant est de mauvaise foi, il est traité comme un stellionataire et poursuivi *extra ordinem* (2).

CHAPITRE V

Contrats consensuels.

La consécration par le droit civil des quatre contrats de vente, louage, société, mandat, est le point de départ d'une phase nouvelle de la législation romaine : c'est l'abandon, dans quelques cas très importants en pratique, du principe de l'ancien droit, d'après lequel la loi ne sanctionne que les actes solennellement placés sous la garantie de l'État ou qui, tout au moins comme le *mutuum*, sont absolument certains quant à leur fondement et quant à leur objet (I, 681). Ici, le simple accord des volontés (*nudus consensus*) est obligatoire. C'est aussi l'abandon du principe que le juge doit interpréter les actes juridiques d'après les déclarations faites par les parties lors du contrat (3).

Si, sous ce double rapport, les quatre contrats consensuels se ressemblent et ont pu être compris dans une même classification, ils forment cependant deux groupes distincts : le premier comprend la vente et le louage; le deuxième, la société et le mandat. Les contrats du premier groupe consistent dans l'échange de deux promesses, dont l'une a régulièrement pour objet une somme d'argent : l'argent est dans ces contrats un facteur essentiel. De plus, les contractants ont des intérêts opposés; chacun poursuit un avantage distinct et cherche à le réaliser aux dépens de l'autre (4). Les contrats du deuxième

(1) Ulp., *eod.*, 9 pr.; Marcel., ap. Paul, 16, 1; Pomp., ap. Ulp., 36 pr.

(2) Ulp., 40 ad Sab., *eod.*, 1, 2; Paul, *eod.*, 16, 1.

(3) *In emptis enim et venditis, potius id quod actum quam id quod dictum sit sequendum est* (Pomp., 9 ad Sab., D., XVIII, 1, 6, 1. Cf. Ulp., D., XIX, 1, 11, 1). Voir t. Ier, p. 592-595, comment ce double changement fut introduit.

(4) Paul, 34 ad Ed., D., XIX, 2, 22, 3 : *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus et conductionibus juris est.* Cf. p. 50, 7.

groupe, au contraire, se forment *intuitu personæ :* ils impliquent une confiance particulière dans les qualités ou dans les aptitudes de la personne avec laquelle ils sont conclus. Aussi le dol empêche-t-il ces contrats de se former; l'action qui les sanctionne est infamante; les obligations qu'ils produisent ne passent pas aux héritiers; ces contrats sont révocables au gré de chacune des parties.

I

LA VENTE.

La vente consensuelle, qui s'est introduite dans la pratique aux derniers siècles de la République, n'a pas subi de modification essentielle dans sa structure et dans ses effets. La jurisprudence a conservé certaines règles difficiles à justifier théoriquement, mais qui, à l'user, n'avaient pas présenté d'inconvénients appréciables. Son œuvre a consisté à préciser les obligations respectives des parties, à faire de la garantie une conséquence naturelle de la vente, à élargir les pouvoirs du juge pour donner plus complètement satisfaction à l'équité.

La vente est un contrat consensuel, synallagmatique et de bonne foi, par lequel l'une des parties (le vendeur) s'oblige à procurer la possession paisible et durable d'une chose à l'autre partie (l'acheteur) qui s'oblige à lui payer un prix en argent (1).

La vente est un échange de promesses : ce n'est pas une aliénation. Le contrat de vente n'est que le premier acte à accomplir pour faire acquérir la chose à l'acheteur; un second acte est nécessaire pour réaliser cette acquisition : la tradition. A Rome, c'est la tradition seule qui consomme l'aliénation (p. 234).

I. Éléments essentiels de la vente. — La vente exige pour sa formation trois éléments : *res, pretium, consensus,* une chose à livrer par le vendeur, un prix à payer par l'acheteur, le consentement des parties.

1° *Objet.* — La vente a ordinairement pour objet une marchandise (*merx*) (2), par conséquent une chose mobilière. La

(1) L'histoire du contrat de vente et spécialement l'introduction de la vente consensuelle ont été exposées t. Ier, p. 595, 630. Cf. Chausse, *Les singularités de la vente romaine* (*Nouv. Rev. hist.*, 1899, p. 513).

(2) Mela refuse de considérer les esclaves comme une marchandise, bien qu'ils puissent être vendus : c'est pour cela, dit-il, que les marchands d'esclaves s'appellent *venaliciarii* et non *mercatores* (Afr., 3 Quæst., D., L, 16, 207). Un siècle plus tard, Pedius fait aussi aux esclaves une situation à part dans la vente, et la raison qu'il en donne est remarquable : *propter dignitatem hominum* (ap. Paul, 2 ad Ed. æd D., XXI, 1, 44 pr. Cf. Ulp., D., XIV, 4, 1, 1). Labéon, bien que contemporain de Mela, ignorait ces nuances (ap. Paul, D., XVIII, 1, 34 pr.).

vente est en effet l'instrument principal du commerce, l'acte juridique spécialement destiné à l'échange des marchandises et à la circulation des biens (1).

La vente a reçu une application plus générale : elle peut avoir pour objet toute chose corporelle *in commercio* (2), et même certaines choses incorporelles : créances, actions en justice, universalités juridiques (hérédité ouverte (3), pécule). Quant aux droits réels, s'il s'agit d'un droit à établir, la vente est toujours possible ; mais pour un droit déjà établi, il faut qu'il soit susceptible de changer de titulaire ou tout au moins d'être exercé par un tiers : le *jus in agro vectigali,* l'usufruit, la superficie. Les servitudes prédiales et l'hypothèque ne peuvent, à cause de leur caractère accessoire, se vendre qu'avec le fonds dominant ou avec la créance garantie (4).

On a de très bonne heure admis la vente des choses futures, des fruits à venir par exemple (I, 626). Il faut distinguer l'*emptio rei speratæ*, et l'*emptio spei :* la première est conditionnelle, sa perfection est subordonnée à la naissance de la chose (5). La seconde est un contrat aléatoire : celui qui achète ce qu'un pêcheur prendra dans un coup de filet, la succession qu'on pourra recueillir, est tenu de payer alors même que son espoir ne se serait pas réalisé (6). Mais la vente est nulle quand elle a pour objet une chose qui a péri au moment du contrat. Si la chose est seulement détériorée, l'acheteur de bonne foi a droit à une diminution du prix (7).

(1) Paul, 33 ad Ed., D., XVIII, 1, 1 pr. ; Ulp., 74 ad Ed., D., L, 16, 66. Anciennement, dit Paul (*loc. cit.*), chacun, suivant ses besoins, échangeait ce qui lui était inutile contre une chose qui lui était utile. Il n'arrivait pas toujours ni facilement que vous, ayant ce que je désire, moi j'eusse ce dont vous aviez envie. Alors on a fait choix d'une matière qui, étant revêtue d'un signe d'estimation par l'autorité publique, pût prévenir toutes les difficultés que présentait l'échange.

(2) Il n'y a dans les textes aucun exemple de vente à livrer, c'est-à-dire d'une vente qui a pour objet un genre, comme cent sacs de blé. Les conventions de cette espèce devaient se produire sous forme de stipulation. La vente consensuelle ne peut avoir pour objet qu'une *species*, par exemple une quantité à prendre dans une masse déterminée, cent mesures de blé à prendre dans mon grenier. Cf. Karlowa, II, 616. — Pour la vente des poisons, voir la distinction faite par Gaius (*h. t.*, 35, 2).

(3) Sur les effets de cette vente, voir livre V, chap. iv.

(4) P. 267, 4 ; 315. Si la vente a pour objet une chose hors du commerce, la vente n'est pas nulle dans tous les cas comme la stipulation (p. 324, 1). L'acheteur de bonne foi (Cels., ap. Pomp., 9 ad Sab., D., XVIII, 1, 6 pr.) peut invoquer le contrat pour demander des dommages-intérêts (Lic. Ruf., 8 Reg., *eod.*, 70). Le vendeur ne peut alléguer qu'il ignorait lui-même la nature de la chose vendue : ce serait une faute dont il est responsable.

(5) Pomp., 9 ad Sab., *eod.*, 8 pr. ; Jul., 15 Dig., *eod.*, 39, 1.

(6) Pomp., *eod.*, 8, 1 ; Jul., ap. Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 1, 11, 18. Cf. Cels., 27 Dig., *eod.*, 12, 7 ; Ulp., 32 ad Ed., D., XVIII, 4, 11.

(7) Paul, 5 ad Sab., D., XVIII, 1, 15 pr. Si la maison vendue était incendiée, on alléguerait vainement qu'il reste le sol (Nerva, Sab., Cass., ap. Paul, 57 pr., 2).

La vente peut avoir pour objet la chose d'autrui (1). C'est au vendeur à faire le nécessaire pour se la procurer, sinon, il devra indemniser l'acheteur du préjudice que lui cause l'inexécution de son engagement.

2° *Prix*. — La vente doit être faite moyennant un prix, sinon elle est nulle et déguise une libéralité (2). Le prix de vente doit être en argent (3). Anciennement, on exigeait que le prix fût déterminé (*certum*) ; c'est un souvenir de l'époque où la loi ne sanctionnait que des actes juridiques certains quant à leur objet sinon quant à leur fondement. Par la suite, cette condition n'a pas été rigoureusement maintenue : il suffit que le prix soit indépendant de la volonté des parties (4).

Les parties ont toute latitude pour fixer le prix, il ne leur est pas défendu de se circonvenir pour tâcher d'obtenir des conditions meilleures : s'il y a lésion pour l'une d'elles, elle n'a qu'à s'en prendre à son imprudence. Dioclétien a cru devoir venir au secours du vendeur quand le prix est inférieur à la moitié de la valeur réelle de la chose : supposant que le vendeur a cédé sa chose à vil prix parce qu'il avait besoin d'argent, il considère son consentement comme vicié et l'autorise à faire rescinder le contrat et à se faire rendre la chose, à moins que l'acheteur ne préfère payer le supplément du juste prix (5).

(1) Ulp., *eod.*, 28 : *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est.*

(2) Ulp., 1 ad Sab., *eod.*, 2, 1 ; 7 Disp., *eod.*, 38 ; 43 ad Ed., *eod.*, 36.

(3) Cette règle a été contestée par les Sabiniens, mais leur opposition était motivée par le désir d'étendre à l'échange la sanction de la vente ; elle ne prouve nullement que jusqu'à cette époque la vente ait été confondue avec l'échange. L'opinion contraire des Proculiens (Gaius, III, 141 ; Paul, *eod.*, 1, 1) a prévalu avant Dioclétien (C., IV, 64, 7). Ils soutinrent avec raison qu'il était utile de maintenir dans une situation à part un contrat comme la vente qui était susceptible de rendre beaucoup plus de services parce que l'argent facilite l'échange des valeurs. La question n'était pas encore résolue au milieu du IIe siècle : d'après Julien (15 Dig., D., XVIII, 1, 39, 1), un propriétaire vend sa récolte pendante d'olives et stipule comme prix *X pondo olei quod natum esset*. On a dit que la doctrine Proculienne avait prévalu au début du IIIe siècle, mais le texte cité (Paul, 5 Quæst., D., XIX, 1, 5, 1) paraît avoir été remanié.

(4) Ulp., 28 ad Sab., *eod.*, 7, 1 et 2. Labéon et Cassius soutenaient que la fixation du prix ne pouvait être laissé à l'arbitrage d'un tiers, mais Ofilius et Proculus firent prévaloir l'opinion contraire (Gaius, III, 140 ; Diocl., C., IV, 64, 2). La raison de douter venait de ce que le tiers pouvait refuser la mission qui lui était confiée, et dans ce cas il n'y aurait pas eu de prix (cf. Gaius, D., XIX, 2, 25 pr.). Justinien (*Inst.*, III, 23, 1) a tranché la question en décidant que la vente serait conditionnelle.

(5) C., IV, 44, 2 et 8. L'innovation de Dioclétien n'a été peut-être dans le principe qu'une décision d'espèce (Maynz, II, 234, 3). Gradenwitz (*Bull. di diritto R.*, 1889, 14) a fait remarquer que des constitutions postérieures (C. Th., III, 1, 2 ; 4 ; 7) semblent l'ignorer ; il conclut à une interpolation. — Les constitutions attribuées à Dioclétien prévoient le cas d'une vente d'immeuble : la lésion de plus de moitié fut-elle une cause de rescision dans les ventes de meubles ? Cf. Zachariæ, *Z. Sav. St.*, IV, 49 ; Monnier, *N. Rev. hist.*, XXIV, 181.

3° *Consentement.* — L'accord de volontés des parties est requis en matière de vente comme pour tout autre contrat. S'il y a le moindre dissentiment sur l'un des éléments essentiels de la vente, le contrat ne se forme pas (1); les parties doivent avoir la volonté réciproque d'aliéner et d'acquérir la chose moyennant un certain prix (2).

La question de savoir à quel moment précis la vente se forme est très importante : les risques sont dès ce moment, indépendamment de toute tradition, à la charge de l'acheteur. La solution de cette question varie suivant l'objet ou les modalités du contrat : 1° lorsque la vente a pour objet un corps certain, elle est parfaite dès que les parties sont d'accord sur la chose et sur le prix ; 2° lorsqu'elle a pour objet des choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent, il faut de plus qu'on les ait comptées, pesées ou mesurées; 3° si la vente est conditionnelle, il faut attendre que la condition soit accomplie. On considère comme telle la vente *ad gustum*, parce que l'acheteur a la faculté de déclarer, après dégustation, que le vin ne lui convient pas (3); 4° lorsqu'il est convenu que l'acheteur donnera des arrhes, la vente n'en est pas moins parfaite suivant les règles susénoncées : la remise des arrhes n'est qu'un mode de preuve, le signe auquel on reconnait que la vente est conclue (4); c'est aussi pour le vendeur une sorte de garantie que le solde du prix lui sera payé (5).

II. Obligations du vendeur. — Au IIe siècle, le vendeur doit : 1° mettre l'acheteur en possession; 2° le garantir contre l'éviction (6).

§ 1er. *Obligation de délivrance.* — Le vendeur doit livrer la chose, en transférer la possession (*possessionem tradere*). Cette possession doit être *vacua :* l'acheteur doit pouvoir jouir de la chose en toute liberté, sans se trouver en conflit avec des personnes qui auraient obtenu contre le vendeur un envoi en pos-

(1) Ulp., 28 ad Sab., D., XVIII, 1, 9 pr.

(2) Lab., 5 Poster. ep., *eod.*, 80, 3. Dans quelques cas exceptionnels, la vente d'une chose peut avoir lieu sans le consentement de celui à qui elle appartient : le propriétaire d'un esclave peut être forcé à le vendre (p. 128, 7); un créancier hypothécaire peut être forcé par un créancier subséquent à céder son droit moyennant un prix égal au montant de sa créance (p. 316); un propriétaire à céder un droit de passage pour accéder à un fonds voisin (p. 192, 1) ou à un tombeau (p. 192, 4).

(3) Paul, 33 ad Ed., *eod.*, 34, 5. Cf. Ulp., 28 ad Sab., D., XVIII, 6, 1 pr., 1.

(4) Gaius, 10 ad Ed. prov., *eod.*, 35 pr. Cf. t. Ier, p. 605, 4.

(5) Varr., *De L. l.*, V, 175; Isidor., V, 25, 20.

(6) Paul (32 ad Ed., D., XIX, 4, 1 pr.) ajoute l'obligation de s'abstenir de tout dol, mais cette obligation n'est pas particulière à la vente ni même exclusivement au vendeur : elle est de règle dans les contrats de bonne foi.

session même à titre conservatoire (1). Mais le vendeur n'est pas obligé de rendre l'acheteur propriétaire quiritaire (2).

Il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette proposition : les Romains ne nient pas que la vente ait pour but un transfert de propriété (3); ils n'exigent pas qu'elle ait effectivement ce résultat. Le vendeur doit faire tout ce qui dépend de lui pour rendre l'acheteur propriétaire, mais l'acquisition de la propriété n'est pas une condition de la validité de la vente (4). Cette règle avait de grands avantages : elle facilitait la circulation des biens dans une mesure que ne comportait pas la mancipation ou l'*in jure cessio* : elle rendait le contrat de vente accessible aux pérégrins; elle permettait de l'employer pour les choses qu'on avait *in bonis* et pour les fonds provinciaux; elle dispensait le vendeur de justifier de son droit de propriété et le mettait, s'il était de bonne foi, à l'abri de toute réclamation pour une éviction possible, mais non réalisée. En somme, d'après cette règle, il suffit que l'acheteur soit, au moment du contrat, rendu supérieur à tous au possessoire, et non, comme en droit moderne, au pétitoire (5).

Cette règle ne fait nullement obstacle à l'accomplissement du but que les parties se proposent d'atteindre (6) : d'abord, elles peuvent convenir que la propriété sera transférée (7). Même en l'absence de cette convention, si la chose vendue est *mancipi*, comme la vente est un contrat de bonne foi, le vendeur ne peut, sans dol, refuser de la manciper (8). Si la chose est *nec mancipi* et appartient au vendeur, la tradition emporte transfert de pro-

(1) Paul, 5 ad Sab., XIX, 1, 2, 1. Cf. Cic., *p. Tull.*, 17.

(2) Jul., ap. Afr., 8 Quæst., *eod.*, 30, 1 : *Venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat;* Ulp., 34 ad Sab., D., XVIII, 1, 34, 1.

(3) Labéon refuse le caractère de vente au contrat qui contient une clause exclusive du transfert de propriété (5 Poster., D., XVIII, 1, 80, 3).

(4) Cette règle ainsi entendue n'a rien que de raisonnable : ce qu'on peut lui reprocher, c'est de ne pas aller droit au but. Mais il ne faut pas oublier qu'elle remonte à une époque où la vente était un acte étranger à la sphère du droit, où les parties ne pouvaient avoir en vue la transmission de la propriété quiritaire, puisqu'elles s'étaient dispensées des formes prescrites par la loi. Lorsque la vente devint un contrat reconnu par le droit civil, on aurait pu modifier la règle et simplifier la théorie, mais on eût sacrifié des avantages pratiques très appréciables : il n'en fallut pas plus pour décider la jurisprudence.

(5) Ner., Jul., ap. Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 1, 11, 13.

(6) L'acheteur acquiert la propriété alors même qu'il aurait cru, par erreur, que le vendeur n'était pas propriétaire (p. 238, 2).

(7) Gaius, IV, 131. Celsus (3 Dig., D., XII, 4, 16) incline à penser que la convention *Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares* n'est pas une vente : cette opinion, d'une logique trop subtile, n'a pas prévalu (Paul, D., XIX, 5, 5, 1).

(8) Paul, I, 13ª, 4. Certains auteurs considèrent l'obligation de manciper comme comprise dans l'obligation de *vacuam possessionem tradere*, mais Gaius (IV, 131) les oppose l'une à l'autre.

priété (1) ; lorsque le vendeur n'est pas propriétaire, on peut, s'il est de mauvaise foi, le poursuivre avant toute éviction : il a commis un dol en vendant sciemment la chose d'autrui à un acheteur de bonne foi; celui-ci se fera indemniser dans la mesure de l'intérêt qu'il avait à être rendu propriétaire (2). Si, dans cette même hypothèse, le vendeur était de bonne foi, l'acheteur serait désarmé jusqu'à l'éviction : c'est là le seul cas où le vendeur peut utilement se défendre en disant qu'il n'est pas tenu de transférer la propriété (3).

Le vendeur doit livrer la chose, avec tous les accessoires existant au jour du contrat. Il doit compte également des accroissements postérieurs au contrat, des fruits qu'il a perçus, des loyers qu'il a touchés. Enfin le vendeur peut être tenu de certaines obligations accessoires en vertu de ses déclarations (4).

L'obligation de délivrance entraîne l'obligation de conserver la chose jusqu'à la tradition. Le vendeur doit la conserver comme un bon père de famille (5). Son obligation ne va pas plus loin : il répond du dol et de la faute légère, mais non des cas fortuits. Il en serait autrement, s'il s'était obligé à la *custodia* (6).

Lorsque le vendeur est libéré par la perte fortuite de la chose, l'acheteur reste-t-il tenu de payer le prix? Est-ce lui ou le vendeur qui supportera les conséquences de la perte? C'est la *question des risques*. Elle est résolue explicitement par une série de textes qui ne laissent place à aucun doute : les risques sont pour l'acheteur dès l'instant de la conclusion du contrat et avant toute tradition (7). Cette règle souffre une exception :

(1) Ulp., 32 ad Ed., XIX, 1, 11, 2. Le texte original devait viser la mancipation aussi bien que la tradition, sans quoi Ulpien n'aurait pu dire que la tradition rend toujours l'acheteur propriétaire et que le vendeur est obligé à la garantie contre l'éviction. Cette obligation n'existe de plein droit qu'en cas de mancipation.

(2) Jul., ap. Afr., 8 Quæst., *eod.*, 30, 1.

(3) Sev., Car., C., VIII, 44, 3.

(4) T. Ier, p. 604, 605. Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 1, 13, 13 et 31; Jav., 18; *Vat. fr.*, 15.

(5) Cette règle, formulée déjà par Alfenus (2 Dig., D., XVIII, 6, 12), n'était pas acceptée par Labéon : à son avis, il suffisait que le vendeur conservât la chose comme il le faisait avant la vente (2 Pith., D., XIX, 1, 54 pr.). Paul écarte cette manière de voir : le vendeur doit traiter la chose comme si elle était à autrui.

(6) Gaius, 10 ad Ed. prov., D., XVIII, 1, 35, 4; Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 6, 5, 2; Gaius, 2 Aur., D., XVIII, 6, 2, 1; Paul, 5 ad Sab., *eod.*, 3. Si la perte résulte d'un acte de violence, le vendeur qui s'est obligé à la *custodia* n'est tenu qu'à céder ses actions à l'acheteur (Ner., 3 Membr., D., XIX, 1, 31 pr.). Si la chose a péri par le fait d'un tiers, le vendeur devra céder à l'acheteur l'action qu'il a acquise contre l'auteur du délit (Inst., III, 23, 3, *in fine*).

(7) Dans son abrégé du Dig. d'Alfenus, Paul (D., XVIII, 6, 13), dit : *Emptoris periculum esse placet.* La règle remonte certainement au temps d'Alfenus : un fragment directement extrait de ce jurisconsulte (*ibid.*, 12) en suppose l'existence (Proc., Octav., Pomp., ap. Paul, 33 ad Ed., D., XVIII, 6, 8; Jul., 15 Dig., XVIII, 5, 5,

lorsque la chose vendue a été confisquée, il aurait été inique de mettre à la charge de l'acheteur une perte motivée par un fait du vendeur. On l'autorise en conséquence à se faire restituer le prix qu'il a payé, mais il ne peut demander des dommages-intérêts (1).

La solution donnée par la législation romaine à la question des risques dans la vente, a été vivement critiquée. Elle ne peut, dit-on, se justifier ni en fait ni en droit : en fait, il est contraire à l'équité de faire supporter la perte à l'acheteur avant que le contrat ait reçu son exécution, et cela au profit du vendeur qui a conservé la propriété. En droit, la vente est un échange de promesses : si l'une d'elles ne peut être exécutée sans la faute du débiteur, l'autre doit s'éteindre corrélativement. Maintenir l'une, alors que l'autre n'existe plus, serait d'ailleurs contraire à la bonne foi qui sert de critérium pour l'interprétation du contrat.

Ces objections sont exactes en théorie, mais il est vraisemblable que les Romains se sont placés à un point de vue différent et qu'il y a ici un vestige de l'époque où la vente au comptant était seule en usage (2). En principe tout doit se passer

2 : *Mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur, et emptori homo pereat;* Afr., 8 Quæst., D., XLVI, 3, 39; Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 24, 11, 12; 29 ad Sab., D., XLVII, 2, 14 pr. ; Alex., C., IV, 48, 1; Gord., *eod.*, 4 ; Diocl., *eod.*, 6; Inst., III, 23, 3). Il y a, il est vrai, quelques textes qui paraissent indiquer une solution contraire ; mais, comme ces textes appartiennent à des jurisconsultes dont l'opinion, conforme à la doctrine générale, nous est connue, il faut bien les expliquer par une circonstance particulière à l'espèce. Paul (3 Alf. ep., D., XVIII, 6, 13 et 15 pr.) met les risques à la charge du vendeur dans le cas où des lits vendus ont été déposés sur la voie publique avant la tradition et détruits par ordre de l'édile : il y a ici une faute imputable au vendeur. Il suppose ensuite que des matériaux vendus ont été volés avant la tradition : la perte dit-il, est pour le vendeur. Mais il s'agit d'un cas où la vente ne devient parfaite qu'au moment de la tradition : *videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.* Lorsqu'on vend une certaine quantité de choses à prendre dans une masse, la vente n'est parfaite que lorsqu'on les a séparées de la masse, soit matériellement, soit par un signe qui permette de les reconnaître (Alex., C., IV, 48, 2. Cf. p. 211, 9).

(1) Jul., ap. Afr., 8 Quæst., D., XIX, 2, 33. Cujas s'était fondé sur ce texte pour soutenir que la chose vendue périt pour le propriétaire ; il a plus tard abandonné cette opinion. Elle a été reprise sans succès par Puntschart (*Die fundamentalen Rechtsverhältnisse*, p. 215). Hartmann (*Jherings Jahrb.*, XXII, 417) étend la décision de Julien à tous les cas de perte juridique ; il pense que les Romains ont fait une distinction entre la perte juridique et la perte physique : la règle *emptoris est periculum* ne s'appliquerait qu'à cette dernière.

(2) Cf. Saleilles, *Théorie de l'obligation*, p. 196. On a proposé une autre explication : cette règle remonterait à une époque où les obligations nées de la vente étaient indépendantes l'une de l'autre (Dernburg, II, 59; Cornil, *Nouv. Rev. hist.*, 1901, XXV, p. 150) et résultaient de deux contrats distincts de stipulation (Girard, *Manuel*, p. 542). Cette explication repose sur une hypothèse dont l'exactitude est contestable. Nous avons établi (I, 599) que les Romains ont eu pleinement conscience de l'unité de la vente et par suite de la connexité qui existe entre les obligations des deux parties. Un fragment de Labéon (4 Post., D., XIX, 1, 50) en

comme si la vente avait été réalisée lors de sa conclusion. Si la tradition a été différée, et que la chose ait péri sans qu'il y ait dol ou faute de la part du vendeur, il est libéré (1). Cette libération n'a aucune influence sur la situation de l'acheteur; il ne peut se prévaloir du cas fortuit pour refuser de tenir son engagement. La bonne foi ne commande pas de le dégager de son obligation (2) : ce serait aggraver la responsabilité du vendeur. La question des risques n'est qu'une question de responsabilité, comme celle du dol ou de la faute contractuelle (3) : le vendeur ne répond pas des cas fortuits, à moins qu'il ne soit en demeure, c'est-à-dire en faute.

Les Romains ont d'ailleurs atténué de diverses manières ce que la solution adoptée peut avoir de rigoureux. D'abord, et à titre de compensation, l'acheteur profite de tous les avantages de la chose dès l'instant du contrat (4). Puis, en cas de vente

fournit la preuve et confirme notre interprétation : *Bona fides non patitur ut, cum emptor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditæ debere desiisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret.* Le vendeur n'est pas tenu de livrer la chose lorsque l'acheteur est dispensé de payer par la faveur de la loi. Il y a ici une corrélation parfaite entre les deux obligations. Mais pourquoi le vendeur est-il libéré? Est-ce parce que l'exécution de l'une des obligations est la condition de l'exécution de l'autre? Ce n'est pas la raison invoquée par Labéon. Pour lui, il y a une question de bonne foi : l'acheteur commet un acte de mauvaise foi en réclamant le bénéfice d'une loi faite pour les débiteurs obérés. Il s'agit ici, comme l'a montré Dernburg (II, 59, n. 7), d'une loi accordant remise des dettes aux emprunteurs. On remarquera que l'acheteur de bonne foi usucape *pro emptore* et non *pro soluto* (Paul, 2 Man., D., XLI, 3, 48; Bechmann, *Der Kauf*, I, 581); donc la prestation effectuée par le vendeur n'est pas considérée comme l'acquittement d'une obligation (cf. Brinz, II, 696). La bonne foi est requise non seulement lors de la tradition, comme dans l'usucapion *pro soluto*, mais aussi lors du contrat (p. 248, 4-5).

(1) *Inst.*, III, 23, 3 : *Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est.*

(2) Alexandre Sévère en fait la remarque (C., IV, 24, 6) et applique ce principe au contrat de gage.

(3) Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 6, 5, 2 : *Videndum est quid veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa, an vero et omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam præstamus...*

(4) On a dit que la règle romaine conduit à un résultat choquant dans deux cas : 1° Lorsque le propriétaire d'une chose l'a successivement vendue à deux personnes; si la chose périt fortuitement, il aura le droit de se faire payer par chacun des acheteurs et touchera deux fois le prix de sa chose. Mais on oublie que s'il est de mauvaise foi, il encourt la peine du faux (Hadr., ap. Paul, ad Sc. Turpill., D., XLVIII, 10, 21). 2° Lorsqu'on a vendu la chose d'autrui : le vendeur touchera le prix bien qu'il n'ait rien déboursé pour se procurer la chose. Cette assertion n'est pas exacte dans sa généralité : si la chose a péri par le fait d'un tiers, le vendeur ne peut se faire payer par l'acheteur qu'en lui cédant ses actions contre l'auteur du délit; or cette cession n'est pas possible quand le vendeur n'est pas propriétaire. Si la chose a péri par tout autre cas fortuit, il est douteux que celui qui a vendu de mauvaise foi la chose d'autrui puisse se faire payer : l'acheteur qui aurait un recours contre lui si la chose subsistait encore, paraît fondé à lui reprocher sa mauvaise foi et à se dispenser de payer si la chose a péri.

conditionnelle, la perte totale est aux risques du vendeur (1). Il en serait autrement, si la perte n'était que partielle : les risques resteraient à la charge de l'acheteur (2). Même solution pour la vente de choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent : la perfection du contrat est reportée au moment où les choses sont pesées, comptées ou mesurées (3). Ici les risques résultant de la perte totale ne sont à la charge de l'acheteur qu'à partir de la tradition; mais dès le moment du contrat il supporte comme un acheteur conditionnel les risques provenant d'une détérioration. Si la vente a pour objet une certaine quantité de choses à prendre dans une masse, la vente n'est plus traitée comme conditionnelle : la perfection du contrat est reportée purement et simplement au jour de la tradition; l'acheteur ne supporte aucun risque jusqu'à la livraison.

§ 2. *Obligation de garantie.* — Le vendeur est obligé à garantir l'acheteur soit contre l'éviction, soit contre les vices cachés de la chose. Cette double obligation découle du contrat de vente, mais il n'en a pas toujours été ainsi.

1° *Garantie contre l'éviction.* — Pendant longtemps, le vendeur ne fut pas tenu, par le seul effet du contrat, de garantir à l'acheteur la possession de la chose. Anciennement, la garantie n'était due que dans le cas où la vente avait été réalisée par une mancipation (I, 264, 1 ; 605, 5) ; l'acquéreur évincé avait contre le mancipant une action au double, l'action *auctoritatis* (4).

a) Après l'introduction de la vente consensuelle, lorsqu'on se contenta de livrer les *res mancipi* sans les manciper, on prit l'habitude de joindre à la vente une stipulation destinée à garantir à l'acheteur la possession de la chose. Cette stipulation fut conçue de manière à procurer à l'acquéreur le même avantage que si l'on avait eu recours à la mancipation : c'était une stipulation du double (I, 606, 3). L'indemnité à payer à l'acheteur en cas d'éviction était fixée à forfait au double du prix d'achat : on n'avait pas à s'occuper de la plus-value acquise par la chose ou de la dépréciation qu'elle avait pu subir après la vente.

La situation de l'acheteur qui a reçu tradition d'une *res mancipi* n'est d'ailleurs pas de tout point identique à celle de l'acquéreur par mancipation : d'abord, on peut stipuler plus ou moins que le double; puis, ce n'est pas comme pour la manci-

(1) C., IV, 48, 2.
(2) P. 365. Paul, 33 ad Ed., D., XVIII, 6, 8 pr.; Ulp., D., XXIII, 3, 10, 5.
(3) Sab., Cass. (D., XVIII, 1, 35, 5), traitent cette vente comme conditionnelle.
(4) L'exercice de cette action était vraisemblablement garanti par la *satisdatio secundum mancipium* (t. Ier, p. 607, 3).

pation, le défaut d'assistance, c'est l'éviction qui donne droit au double ; encore faut-il que cette éviction ait pour effet d'empêcher l'acheteur d'avoir la chose. L'idée de préjudice apparaît dans la stipulation du double, sans toutefois être le fondement direct de l'obligation, car on ne tient compte que d'un préjudice résultant de l'éviction.

b) Lorsque la vente avait pour objet une *res nec mancipi*, le vendeur promettait simplement d'indemniser l'acheteur du préjudice que lui causerait l'éviction : c'est la stipulation *rem habere recte licere* (I, 607, 1). Ici, l'indemnité varie d'après l'importance du préjudice au jour de l'éviction et suivant l'appréciation du juge.

Ces deux stipulations ne diffèrent pas seulement par leur résultat : elles se distinguent aussi quant aux conditions requises pour qu'on puisse s'en prévaloir.

En cas de stipulation du double, deux conditions sont exigées pour que la peine soit encourue.

1° L'acheteur doit être privé de la chose, dépossédé : il faut donc qu'il en ait reçu tradition (1). Si l'acheteur qui a succombé en justice a payé la *litis æstimatio* pour garder la chose, il n'en a pas moins le droit d'exiger la peine du double, car s'il a la chose, ce n'est pas en vertu de la vente, mais en raison du sacrifice pécuniaire imposé par le juge (2).

2° Il faut que l'acheteur soit dépossédé en vertu d'un jugement. L'éviction implique une défaite judiciaire : elle suppose un procès (3). Sans procès, pas d'éviction. Ce procès sera généralement un procès en revendication intenté contre l'acheteur (4); ce pourrait être également un procès intenté par lui (5). Peu importe que ce soit lui qui succombe ou ses ayants cause à titre universel. Mais ses ayants cause à titre particulier ne peuvent en principe se prévaloir de la stipulation qu'il a faite avec le vendeur : cette stipulation est pour eux *res inter alios acta*. Aussi était-il d'usage de compléter la stipulation du double par une clause destinée à assurer un recours aux ayants cause à titre particulier de l'acheteur.

L'acheteur, qui est évincé par son imprudence, perd tout droit à la garantie (6). S'il est menacé d'éviction, il doit, en temps

(1) Cels., 27 Dig., D., XXI, 2, 62 pr. ; Marcel., 8 Dig., *eod.*, 61.
(2) Pomp., 9 ad Sab., *eod.*, 16, 1 ; Jul., ap. Ulp., *eod.*, 21, 1 et 2.
(3) Afr., 6 Quæst., D., XXI, 2, 24; Paul, 2 ad Nerat., III, 5, 19, 3.
(4) Pomp., 27 ad Sab., D., XXI, 2, 34, 1 et 2; Paul, 2 ad Ed. æd., *eod.*, 35; Mod., 5 Resp., *eod.*, 63; Jul., 57 Dig., *eod.*, 39 pr. ; Pap., 28 Quæst., *eod.*, 66, 1.
(5) Pomp., 9 ad Sab., D., XXI, 2, 16, 1 *in fine*.
(6) Ulp., 2 ad Ed. æd. *eod.*, 55 pr. ; Paul, 77 ad Ed., *eod.*, 53, 1; Pomp.,

utile, dénoncer au vendeur le procès qui lui est intenté (1). Si la dénonciation n'a pu avoir lieu par la fuite ou par le dol du vendeur, l'acheteur n'en conserve pas moins son recours (2).

L'acheteur ne peut se dire évincé que si le jugement lui refuse tout droit sur la chose : dans ce cas seulement la peine est due, aux termes de la stipulation. En prévision d'une éviction partielle, on devait avoir soin de joindre à la stipulation du double une clause spéciale de garantie (3). L'acheteur évincé partiellement obtenait une part de la peine stipulée, proportionnelle à la valeur vénale de la partie évincée par rapport au prix total (4).

En cas de stipulation *rem habere recte licere,* le vendeur promet que la chose restera à la disposition matérielle de l'acheteur. Alors même que l'acheteur ne conserverait la chose qu'en vertu d'un titre nouveau d'acquisition, pourvu qu'il soit à titre gratuit, il ne pourrait rien réclamer, car il n'a pas d'intérêt pécuniaire. Mais s'il vient à être dépossédé même temporairement, il a le droit d'exiger l'exécution de la promesse (5).

11 ad Sab., *eod.*, 29, 1. Il en est de même s'il perd son procès par l'injustice ou l'erreur du juge (Pap., 3 Resp., *Vat. fr.*, 10 ; Ulp., 80 ad Ed., D., XXI, 2, 51 pr. ; Alex., C., VIII, 44, 8 ; Philip., *eod.*, 15). C'est là une décision singulière et peu compatible avec le respect dû à la chose jugée.

(1) Pomp., 11 ad Sab., *h. t.*, 29, 2 ; Paul, *loc. cit.;* Alex., C., VIII, 44, 8.

(2) Paul, 2 ad Ed. æd., *h. t.*, 56, 5 et 6.

(3) Paul, 2 ad Ed. æd., D., XXI, 2, 56, 2. Cette clause ne s'applique pas au croît d'un animal : l'acheteur ne peut dire qu'il a été évincé d'une partie de la chose (Jul., 58 Dig., D., XXI, 2, 43). Cette clause s'applique-t-elle au cas où un tiers fait judiciairement reconnaître qu'il a sur la chose vendue une servitude personnelle, telle que l'usufruit? En principe l'usufruit n'est pas traité comme une partie de la propriété (p. 275, 1) : cependant, comme l'acheteur serait privé de quelques-uns des avantages les plus précieux du droit de propriété, on l'autorise à agir en garantie (Gaius, *h. t.*, 49). Il en est de même des droits d'usage, d'habitation, de superficie, qui diminuent d'une façon plus ou moins notable la jouissance de l'acheteur (Ulp., D., XLV, 1, 38, 3). — Quant aux servitudes prédiales, il n'y a éviction que si le fonds a été vendu *uti optimus maxumus* (Ner., *h. t.*, 48) ou lorsqu'on a promis l'absence de telle servitude. Dans tout autre cas, il nous paraît, malgré l'opinion contraire de certains auteurs, que l'acheteur est sans recours contre le vendeur (Q. Muc., ap. Cels., 8 Dig., D., XVIII, 1, 59) : on ne peut pas dire ici que l'acheteur soit privé de la chose en tout ni en partie. Vainement a-t-on proposé de distinguer entre les servitudes apparentes et non apparentes : cette distinction, consacrée par l'art. 689 C. civ., est étrangère au droit romain ; elle est fondée sur une interprétation inexacte de Q. Muc., Sab. (ap. Venul., *h. t.*, 75). Les mots *si tacite secutæ sunt, quod tacite soleat accedere,* désignent les servitudes que l'acheteur est obligé de subir parce que le vendeur, par son silence (*tacite*), ne s'est pas engagé à livrer un fonds libre de toute servitude. Cf. Labbé, *De la garantie*, nos 14-17.

(4) Pap., 7 Quæst., *h. t.*, 64.

(5) Gaius, 2 ad Ed. æd., *eod.*, 57, 1. La stipulation *rem habere licere* garantit l'acheteur contre le fait du vendeur et de ses héritiers. L'acheteur peut-il s'en prévaloir quand il a été dépossédé par un tiers? C'est surtout contre les tiers qu'il a besoin d'être protégé : il n'est guère à craindre que le vendeur, une fois payé, ose le troubler dans sa possession. Si notre stipulation n'avait eu cette portée, on ne comprendrait guère que la formule de Manilius (Varr., *R. r.*, II, 3) eût été accueillie avec

Les stipulations de garantie étaient d'un usage si fréquent (1), qu'on finit par les considérer comme obligatoires. Le vendeur, qui lors du contrat n'a pas promis la garantie contre l'éviction, ne peut, sans commettre un dol, se refuser par la suite à contracter cet engagement : l'acheteur a le droit de l'y contraindre en exerçant l'action *empti* (2). Si par erreur il a stipulé le simple au lieu du double, il obtiendra par l'action *empti* qu'on lui promette la différence, ou même, s'il fait tout ce qui est contenu dans la stipulation, il pourra directement réclamer par l'action *empti* cette différence (3). C'est l'application de la règle : *Ea quæ sunt moris et consuetudinis, in bonæ fidei judiciis debent venire* (4). Mais le vendeur n'est pas toujours tenu de promettre le double : il n'y est obligé que dans les pays où la stipulation du double est en usage, dans les ventes volontaires et seulement pour les objets de valeur (5). Dans tout autre cas, il doit promettre *rem habere recte licere*. L'obligation de faire l'une ou l'autre promesse existait dès le règne de Trajan (6).

Si le vendeur qui n'a rien promis lors du contrat peut, après coup, être obligé à la garantie, à plus forte raison doit-on tenir pour valable le pacte adjoint *in continenti* à la vente : ce pacte est sanctionné par l'action du contrat (7). Mais, déjà, une doctrine plus radicale se fait jour à la fin du Ier siècle : tandis que Cassius ne voit aucun recours pour l'acheteur en l'absence de stipulation, Javolenus enseigne que le vendeur est tenu de plein

tant d'empressement par les praticiens. La raison de douter vient de la règle qu'on ne peut promettre le fait d'autrui. Mais cette règle ne fut pas applicable tant que la stipulation eut pour objet la somme fixée par l'arbitre : l'arbitre avait toute latitude pour dire s'il y avait lieu à indemnité aussi bien que pour fixer le montant de l'indemnité. La question se posa seulement lorsqu'on admit la validité de la stipulation *incerti* et que le juge eut à apprécier sous ses deux faces la question d'indemnité. Le juge, à la différence de l'arbitre, devait se renfermer dans les limites de l'instruction qui lui était donnée : or cette instruction était contenue dans une formule de droit strict; à cette époque, notre stipulation ne conférait pas par elle-même le droit de se plaindre du fait d'un tiers ; mais il dépendait des parties de lui donner cette efficacité en y joignant une clause pénale (Ulp., 49 ad Sab., D., XLV, 1, 38 pr., 2).

(1) Cf. les triptyques de Transylvanie (*C. I. L.*, III, p. 941) et les papyrus de Berlin (n° 455), du British Museum (*Rev. Arch.*, XXVIII, 271).

(2) Nerat., ap. Ulp., 38 ad Ed., D., XIX, 1, 11, 8.

(3) *Ibid.*, D., XXI, 2, 37, 2. Si l'on a omis de fixer le quantum de la prestation imposée au vendeur en cas d'éviction, on ne pourra lui réclamer que le simple, ce qui, conformément à la nature de l'action *empti*, comprend la réparation du préjudice causé à l'acheteur (Jav., 2 ex Plaut., *eod.*, 60).

(4) Ulp., 1 ad Ed. æd., D., XXI, 1, 31, 20.

(5) P. 66, 2. Ulp., 32 ad Ed., *h. t.*, 37, 1.

(6) Deux fragments de Neratius (notes 2 et 3) en sont la preuve : le premier vise la stipulation *rem habere licere*, le second la stipulation du double.

(7) Jul., ap. Ulp., D., XIX, 1, 11, 18. Cf. Pap., 3 Resp., *Vat. fr.*, 8 et 17 ; Paul, D., XXI, 2, 56 pr. ; Diocl., C., III, 38, 7.

droit à la garantie (1). Cette opinion fut accueillie par Julien, son disciple (2), et ne tarda pas à prévaloir (3).

Désormais, la garantie est de la nature de la vente : le vendeur est tenu, indépendamment de toute stipulation, de garantir l'acheteur contre l'éviction; cette obligation est sanctionnée par l'action *empti* (4). Cette innovation eut pour résultat de rendre inutile la stipulation *rem habere licere* qui ne ferait obtenir rien de plus que l'action *empti*. C'est pour cela que les textes relatifs à cette stipulation sont très rares. La stipulation du double, au contraire, conserva une partie de son utilité et resta en usage; mais comme elle fut désormais, dans certaines ventes, une conséquence naturelle du contrat, il ne fut pas toujours nécessaire de la faire d'avance : l'acheteur put l'exiger, suivant son intérêt, même après l'éviction, dans les ventes qui en comportaient l'application (5).

(1) 9 *Ep.*, D., XLI, 3, 23, 1 : *Si autem columna evicta fuerit, puto te ex empto cum venditore recte acturum et eo genere rem salvam habiturum.* Cette doctrine n'était que le développement d'une idée émise par Labéon, et approuvée par Javolenus, à propos de l'éviction d'un objet légué *in genere* et livré par l'héritier : *Non videtur*, dit-il, *heres dedisse quod ita dederat ut habere non possis* (D., XXXII, 29, 3). Cette idée fut appliquée à l'éviction en matière de vente : *Ratio possessionis, quæ a venditore fieri debeat talis est, ut si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur* (Pomp., D., XIX, 1, 3 pr.).

(2) Jul., ap. Ulp., D., XIX, 1, 11, 14 : *Cassius ait eum qui ex duplæ stipulatione, litis æstimationem consecutus est, aliarum rerum nomine, de quibus in venditionibus caveri solet, nihil consequi posse. Julianus, deficiente dupla, ex empto agendum putavit.* Cf. *ibid.*, 11, 15.

(3) Ulp., *h. t.*, 37 pr. : *Emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit.*

(4) Elle est aussi sanctionnée par l'exception *rei venditæ et traditæ* lorsque l'acheteur est menacé d'éviction par son vendeur ou ses héritiers (p. 240, 4).

(5) Voici les avantages respectifs des deux procédés : 1° Les actions que peut intenter l'acheteur diffèrent par leur résultat pécuniaire : l'action née de la stipulation lui fait obtenir le double du prix de vente, quel que soit le dommage causé par l'éviction : c'est un forfait. Par l'action *empti*, l'acheteur obtient la réparation de tout le dommage qu'il a subi, et ce dommage s'apprécie au jour du jugement; on y comprend le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, les accessoires de la chose, la part des esclaves et le croît des animaux, les fruits que l'acheteur doit rendre au propriétaire (Jul., 15 Dig., D., XXI, 2, 8), les impenses faites pour l'amélioration de la chose (Alex., Diocl., C., VIII, 44, 9 et 16) lorsqu'il ne peut les réclamer au revendiquant (Paul, D., XIX, 1, 45, 1). Cependant, si la plus-value est considérable et que le vendeur soit de bonne foi, le juge peut modérer la condamnation (Paul, *l. c.*, 43; Jul., ap. Afr., 8 Quæst., *eod.*, 44). Ce tempérament d'équité n'a pas été reproduit par le Code civil (art. 1693), qui oblige le vendeur à indemniser l'acheteur de la totalité du préjudice causé par l'éviction. A l'inverse, si la chose a diminué de valeur depuis la conclusion du contrat, l'acheteur n'obtiendra qu'une somme inférieure à celle qu'il a payée (Paul, D., XXI, 2, 70; Pap., 7 Quæst., *eod.*, 66, 3 *in fine*). Le vendeur profitera de la différence, s'il a été de bonne foi ; sinon, l'acheteur pourra se faire indemniser dans la mesure où il avait intérêt à ne pas être trompé, c'est-à-dire pour une somme égale au prix qu'il a payé. Il en est autrement en droit français : l'art. 1630 C. civ. permet à l'acheteur de réclamer dans tous les cas la restitution du prix. C'est le résultat d'une double diffé-

L'obligation de garantie peut être réduite du double au simple par une convention spéciale, dans le cas où la stipulation du double est usitée (1). Elle peut être écartée par une clause expresse (2), mais le vendeur reste tenu de son dol (3).

2° *Garantie contre les vices rédhibitoires.* — On entend par là des vices qui rendent la chose impropre à l'usage auquel elle est destinée et que l'acheteur n'a pas connus (4). On ne tient compte ni des vices postérieurs à la vente (5), ni de ceux qui sont insignifiants ou si apparents que l'acheteur n'a pu s'y tromper.

L'obligation de garantir contre les vices cachés avait été imposée par l'édit des édiles (I, 607) dans les ventes d'animaux ou d'esclaves. Elle était sanctionnée soit par une action en résolution du contrat (*actio redhibitoria*), soit par une action en diminution du prix (*quanti minoris*) (I, 609). La jurisprudence étendit à tout acheteur le bénéfice de l'option concédée par les édiles entre la résolution de la vente et la diminution du prix (6) ; elle

rence qui sépare le droit français du droit romain : *a*) La vente de la chose d'autrui est nulle, art. 1595. *b*) Les contrats sont résolubles pour inexécution de la part de l'une des parties, art. 1184. La règle romaine se justifie de la manière suivante : celui qui vend une chose avec garantie court, en cas d'éviction, le risque de payer des dommages-intérêts supérieurs au prix; il n'est pas injuste qu'il ait la chance de conserver l'excédent du prix sur le dommage (PAUL, D., XIX, 1, 45 pr.). 2° Les deux actions diffèrent par leurs conditions d'application : l'acheteur ne peut se prévaloir de la stipulation que s'il est évincé de la chose en tout ou en partie. Pour l'action *empti*, cela n'est pas nécessaire : l'acheteur de bonne foi peut, avant toute éviction, poursuivre celui qui lui a vendu sciemment la chose d'autrui. L'acheteur peut également intenter l'action *empti* dans des cas où l'éviction est impossible, lorsqu'il a acquis la chose du véritable propriétaire par succession (PAUL, D., XXI, 2, 41 pr., 1), donation, legs (ULP., D., XIX, 1, 13, 15) ou achat. Nerva permettait au vendeur de la chose d'autrui de se faire payer le prix; cette opinion fut écartée par Cels. (ap. POMP., D., XXI, 2, 29 pr.). D'une manière générale, il suffit que l'acheteur ne conserve pas la chose en vertu du contrat, ou qu'il subisse un préjudice quelconque, même sur un accessoire. Enfin, si la chose a péri par cas fortuit avant l'éviction, le vendeur n'en reste pas moins tenu de son dol et peut être poursuivi par l'action *empti* (ULP., *eod.*, 21 pr.).

(1) Dans les ventes d'esclaves, le vendeur est en outre tenu de promettre l'absence de tout vice (I, 614). Cf. papyrus du British Museum (*l. c.*), de Berlin (*l. c.*, l. 27-33), de Genève (*Rev. de philol.*, XX, 49); *C. I. L.*, III, p. 937, 939, 941.

(2) *Simplaria venditio : Syr. röm. Rechtsbuch*, 207; POMP., 23 ad Sab., D., XXI, 1, 48, 8; *C. I. L.*, II, 5042. Cf. ULP., D., XXI, 2, 37 pr. ; PAUL *eod.*, 56 pr.

(3) SCÆV., 2 Quæst., D., XXI, 2, 69, 5 ; POMP., D., XIX, 1, 6. 9. Julien (ap. ULP., *eod.*, 11, 18) pensait que le vendeur devait dans tous les cas rendre le prix.

(4) OFIL., ap. ULP., D., XXI, 1, 10 pr. ; ULP., 1, 8 ; CÆCIL., ap. ULP., 14, 10.

(5) PAP., 4 Resp., *eod.*, 54; ULP., *eod.*, 1, 8; 14, 10.

(6) La loi des Douze Tables avait édicté la peine du double en cas de fausse déclaration sur la contenance des fonds de terre (I, 654, 5-7). Dès le temps de Cicéron, la jurisprudence, s'inspirant des mêmes idées que les édiles, décida que dans toutes les ventes d'immeubles, le vendeur serait responsable de ses réticences frauduleuses de ses fausses déclarations (I, 604, 611, 2-5) : c'étaient là des faits contraires à la bonne foi. Elle appliqua ensuite à toutes les ventes les autres règles posées par l'Edit. D'après Ulpien (1 ad Ed. æd., D., XXI, 1, 1 pr. ; cf. 63), cette extension était

lui permit également d'exiger du vendeur la promesse de l'absence de tout vice; c'était une clause d'usage comme la promesse de garantie contre l'éviction (1). L'acheteur peut donc, suivant son intérêt, intenter l'action *empti* ou les actions édilitiennes (2). Vis-à-vis d'un vendeur de mauvaise foi, l'action *empti* était préférable, parce qu'elle était perpétuelle et permettait d'obtenir réparation de tout le préjudice causé à l'acheteur (3).

L'action rédhibitoire entraîne une condamnation au double; mais le défendeur peut l'éviter en partie en se conformant à l'*arbitrium* du juge (4) : si le vendeur rend le prix, avec les inté-

déjà réalisée au temps de Labéon. On a émis des doutes sur l'authenticité de ce texte ; mais d'autres textes prouvent que Labéon admettait déjà l'application de l'édit à la vente de marchandises autres que celles qui étaient visées par les édiles. D'une part, il décide que le marchand qui vend un vase doit, à moins de convention contraire, le livrer intact (ap. Pomp., D., XIX, 1, 6, 4); d'autre part, il attribue à l'action *empti* la fonction de l'action rédhibitoire (Ulp., *eod.*, 11, 3). Que ces décisions attribuées à Labéon n'aient pas la portée générale qu'elles ont reçue plus tard, c'est possible : le principe n'en est pas moins posé par ce jurisconsulte (I, 615, 3), et cela confirme l'opinion d'après laquelle l'édit des édiles est bien antérieur à Cicéron (I, 612).

(1) Varr., II, 10, 5.

(2) Ulp., 1 ad Ed. æd., D., XXI, 1, 19, 2 *i. f.* L'emploi des actions édilitiennes n'était même pas rigoureusement nécessaire : l'action *empti* étant de bonne foi, rien ne s'opposait à ce qu'elle fît fonction d'action rédhibitoire ou d'action *quanti minoris* dans les cas analogues à ceux qui avaient été visés par l'édit. Il y a en ce sens des textes, il est vrai, peu nombreux (Lab., Sab., ap. Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 1, 11, 3 ; Jul., 15 Dig., ap. Ulp., *eod.*, 13 pr.). On conserva cependant l'usage des actions édilitiennes, mais dans leur application nouvelle et plus étendue, elles perdirent leur caractère primitif d'actions pénales pour devenir des actions *rei persecutoriæ* comme celles qui sanctionnent des obligations contractuelles (I, 611, 3-5). L'emploi de l'action *empti* pour demander la résiliation de la vente (Paul, 69 ad Ed., D., XXI, 1, 60) ne dut pas être facilement admis par les jurisconsultes dont Pomponius écarte l'objection (p. 421, 1; D., XVIII, 1, 6, 1) : ils ne concevaient pas qu'une action créée pour obtenir l'exécution d'un contrat pût servir à le résoudre. — Karlowa (II, 626) pense que l'action *empti*, exercée pour obtenir une diminution du prix, ne tend pas au même but que l'action *quanti minoris*. Par celle-ci, le juge est invité à rechercher la diminution que le vice caché fait subir à la valeur vénale de la chose : *quanto* (*ob id vitium*) *id mancipium cum veniret, minoris fuit* (Ulp., *eod.*, 38 pr.; 13; Jul., D., XLIV, 2, 25, 1); par celle-là, il examine *quanti minoris empturus esset* (Jul., ap. Ulp., D., XIX, 1, 13 pr., 1 ; XXI, 2, 32, 1); au lieu de se placer à un point de vue absolu, il envisage la dépréciation à un point de vue relatif, celui de l'acheteur. Le résultat ne sera pas toujours identique. — C'est aussi une question de savoir si l'action *empti*, faisant fonction d'action édilitienne, était soumise aux mêmes règles quant aux délais dans lesquels elle devait être exercée. Le Préteur, dit Karlowa, n'était pas lié par l'édit des édiles : s'il accordait l'action en dehors des délais, le juge n'avait pas qualité pour le critiquer.

(3) Jul., ap. Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 1, 13 pr.... : *Si vero sciens reticuit, et emptorem decepit, omnia detrimenta quæ ex ea emptione emptor traxerit, præstiturum ei : sive igitur ædes vitio tigni corruerunt, ædium æstimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonee venisse, erit præstandum.*

(4) L'existence de cet *arbitrium* (Ulp., *h. t.*, 23 pr.; 25, 8; 29, 3; Ped., 31, 13; Paul, 43, 9) a fait parfois considérer cette action comme arbitraire (Eck, *Festgabe für Beseler*, 187) : elle en diffère essentiellement en ce que le défendeur qui restitue n'est pas absous. Cf. Karlowa, II, 1297.

rêts à dater du payement (1), il n'est condamné qu'au simple (2). L'acheteur, de son côté, doit rendre la chose avec ses accessoires ainsi que les fruits qu'il a perçus (3). Il est responsable de la dépréciation causée par son dol et même par sa faute ou par celle des gens à son service (4) ; mais il peut se faire tenir compte de ses impenses : il jouit d'un droit de rétention (5). L'action rédhibitoire produit ainsi une sorte d'*in integrum restitutio* (6).

Si plusieurs choses ont été vendues ensemble et qu'une seule soit atteinte d'un vice, la résolution devra s'appliquer à toutes, si on ne peut les séparer sans dommage (7). — Si l'acheteur est mort laissant plusieurs héritiers, l'action rédhibitoire ne peut être intentée que d'un commun accord : il y aurait préjudice pour le vendeur, si les uns demandaient la résiliation, les autres la diminution du prix. A l'inverse, si le vendeur est mort laissant plusieurs héritiers, l'acheteur peut intenter l'action rédhibitoire contre chacun d'eux pour sa part (8).

L'action rédhibitoire doit être intentée dans les six mois. Ce délai se compte en principe à partir de la vente ; mais comme c'est un délai utile, il ne court pas tant que l'acheteur ignore l'existence du vice, à moins que cette ignorance ne soit telle qu'on ne puisse l'excuser (9). La même règle s'applique au calcul du délai d'un an, accordé pour l'action *quanti minoris*. L'acheteur conserve le droit de demander une diminution du prix quand il a laissé écouler le délai imparti pour exercer l'action en résolution (10).

III. Obligations de l'acheteur. — L'acheteur est obligé de remettre le prix convenu ; il doit même en transférer la propriété au vendeur (11). Il doit aussi les intérêts du prix à dater de la

(1) Ulp., 1 ad Ed. æd., D., XXI, 1, 27 ; 29, 2.
(2) Gaius, *eod.*, 45. T. Ier, p. 611, 1.
(3) Pomp., ap. Ulp., *eod.*, 33 pr. ; Ulp., *eod.*, 23, 9 ; Gaius, *eod.*, 24.
(4) Pomp., 23 ad Sab., *eod.*, 48 pr. ; Ulp., *eod.*, 31, 11-12.
(5) Ulp., *eod.*, 29, 3. Cf. Ped., ap. Paul, *eod.*, 30.
(6) Jul., ap. Ulp., *eod.*, 23, 7 ; Paul, *eod.*, 60. Cf. Ulp., D., XLI, 2, 13, 2.
(7) Ulp., *h. t.*, 35. Labéon n'admettait cette règle que dans le cas où ces choses avaient été vendues pour un prix unique (ap. Pomp., 17 ep., *eod.*, 64 pr., 1. Cf. Jul., ap. Afr., 6 Quæst., *eod.*, 34 pr.).
(8) Pomp., ap. Ulp., 31, 5-6 ; Marcel., *eod.*, 31, 7 ; Ulp., 31, 10.
(9) Ulp., *eod.*, 19, 6 ; Pap., 12 Resp., *eod.*, 55.
(10) Pomp., 24 ad Sab., *eod.*, 48, 2. Mais, tant que les six mois ne sont pas expirés il ne peut intenter successivement les deux actions sans être écarté par l'exception *rei judicatæ* (Jul., 51 Dig., D., XLIV, 2, 25, 1) : *Nam posterior actio (quanti minoris) etiam redhibitionem continet, si tale vitium in homine est ut eum ob id actor empturus non fuerit.* Cf. t. Ier, p. 612, 1-4.
(11) Paul, 32 ad Ed., D., XIX, 4, 1 pr. ; Ulp., D., XIX, 1, 11-2. Le vendeur, au contraire, n'est tenu de transférer que la possession de la *merx*. Les raisons, indiquées page 404 pour expliquer cette exception, n'avaient pas ici d'application.

tradition (1) : c'est la compensation de la jouissance qui lui a été concédée. L'acheteur est tenu d'indemniser le vendeur des dépenses faites de bonne foi pour l'entretien et la conservation de la chose (2). Parfois des charges supplémentaires lui sont imposées, par exemple laisser jouir un colon jusqu'à la fin du bail (3).

L'acheteur peut-il se refuser à payer tant qu'il n'a pas reçu livraison? Est-ce à lui ou au vendeur d'exécuter le premier son obligation? Au temps de Varron, l'acheteur avait le droit d'exiger la livraison bien qu'il n'eût pas payé son prix (4). Le vendeur n'avait rien à craindre, car d'après les Douze Tables il reste propriétaire malgré la tradition, tant que le prix n'est pas payé; en cas d'insolvabilité de l'acheteur, il peut recouvrer sa chose par la revendication. Sous l'Empire, cette règle fut d'abord maintenue : d'après Gaius, il existe une exception que l'acheteur peut opposer au vendeur lorsque, dans une vente aux enchères, le banquier chargé de la vente exige le payement du prix avant d'avoir livré la marchandise. Cette exception, dont on trouve d'autres applications (5), avait pour but d'écarter l'arbitraire du juge et de subordonner l'exercice de l'action *venditi* à la condition que la livraison aurait été faite (6).

(1) Ulp., D., XIX, 1, 13, 20 : *Nam cum re emptor fruatur, æquissimum est eum usuras pretii pendere.* Pour la même raison les impôts sont à sa charge dès le jour du contrat (Diocl., C., IV, 49, 13).

(2) Treb., *eod.*, 13, 22. Labéon y comprend les frais funéraires d'un esclave.

(3) Serv., Tub., ap. Ulp., *eod.*, 13, 30.

(4) *R. r.*, II, 2, 6 : *Grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum; nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili judicio si non reddit pretium.* On a vu dans ce texte la preuve que les obligations nées de la vente étaient, à cette époque, indépendantes l'une de l'autre (Dernburg, II, 58; Girard, 534, 2). Mais Varron ne dit pas que le droit du vendeur au prix soit, comme celui de l'acheteur, indépendant de l'exécution de son obligation. L'incidente *quamvis nummos non solverit* n'a pas pour corrélative *quamvis rem non tradiderit* : le droit reconnu à l'acheteur est sans réciprocité.

(5) Gaius, IV, 126. Le nom de l'exception *mercis non traditæ* est donné par Paul (71 ad Ed., D., XLIV, 4, 5, 4); elle était ainsi conçue : *Si ea pecunia qua de agitur non pro ea re petitur quæ venit neque tradita est* (Jul., 54 Dig., XIX, 1, 25).

(6) Le recours à une exception pour forcer le vendeur à exécuter son obligation, donne lieu à une difficulté : le vendeur, qui réclame le prix sans livrer la chose, commet un dol; or il est de règle que l'exception de dol est sous-entendue dans les actions de bonne foi. Pourquoi en est-il autrement dans l'espèce? C'est que, dit Dernburg (II, 58), l'action *venditi* ne tend pas à un échange de prestations, mais uniquement au payement du prix; le juge n'a pas à s'occuper d'autre chose, à moins d'y être invité par le Préteur au moyen d'une exception. L'existence de cette exception est, suivant cet auteur, une des preuves les plus fortes de l'indépendance respective des obligations nées de la vente. Cette explication ne saurait être acceptée : d'abord la règle *Exceptio doli bonæ fidei judiciis inest* n'est pas absolue ; il y a des exemples d'une exception de dol opposée à une action de bonne foi (Paul, 5 ad Sab., D., XIX, 1, 5, 1). Puis l'exception *mercis non traditæ* est accordée à l'acheteur sans réci-

Au milieu du IIe siècle, Marcellus fit prévaloir une idée nouvelle : le droit du vendeur de retenir à titre de gage l'objet vendu jusqu'à ce qu'il ait reçu satisfaction (1) ; dès lors l'exercice de l'action *empti* fut subordonné à l'offre du prix total (2). Ce fut un changement dans la conception des rapports entre vendeur et acheteur. Pourtant les rôles ne sont pas intervertis : on ne peut pas dire que l'acheteur soit tenu d'exécuter le premier, car il a toujours le droit de refuser le payement quand une difficulté s'élève pour l'exécution de l'obligation de délivrance (3). Ven-

procité : un texte de Labéon (D., XIX, 1, 50 : p. 406, 2) prouve qu'il suffit au vendeur d'invoquer la bonne foi pour se dispenser de livrer la chose lorsque l'acheteur entend se prévaloir du bénéfice des *novæ tabulæ* pour ne pas payer. Aussi explique-t-on d'une autre manière l'existence de notre exception : les textes qui la mentionnent supposent, dit-on, que le prix est réclamé par le vendeur en vertu, non du contrat de vente, mais d'une stipulation consécutive ou d'une *transcriptio a re in personam*. L'exception invoquée par l'acheteur, inutile dans une action de bonne foi, était nécessaire pour écarter l'action de droit strict. Mais cette explication ne permet pas de rendre compte d'un rescrit de Caracalla (C., VIII, 44, 5) où l'exception de dol est opposée à l'action *ex vendito : Ex prædiis quæ mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, ut ea a creditrice liberentur ; idem fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris.* Il nous paraît plus probable que l'insertion de l'exception dans la formule avait lieu moins par nécessité que par mesure de précaution. Dans les diverses applications signalées par les textes, l'exécution de l'obligation de délivrance pouvait donner lieu à des difficultés : on pouvait craindre que le juge ne refusât de tenir compte du moyen de défense invoqué par l'acheteur (p. 371, 2) et que son droit ne fût gravement compromis par l'insolvabilité du vendeur en cas d'achat d'un lot d'immeubles dont plusieurs sont hypothéqués (Car., *loc. cit.*) ; en cas de vente de raisins sur souches (Jul., 54 Dig., D., XIX, 1, 25), parce que la récolte doit être faite en temps opportun sous peine de faire perdre à l'acheteur le bénéfice de son acquisition. La précaution était plus utile encore lorsque le vendeur agissait pour le compte d'autrui, comme dans la vente faite par le ministère d'un banquier : l'acheteur, qui ne recevait pas du propriétaire livraison des objets adjugés, pouvait-il toujours reprocher au vendeur d'agir contrairement à la bonne foi, alors surtout que celui-ci prouvait qu'il avait avancé l'argent au propriétaire? Paul (D., XLIV, 4, 5, 4) paraît aussi se référer à une vente faite par le ministère d'un *argentarius :* un esclave est vendu par celui *cui hoc dominus permisit ;* le vendeur a payé le prix au propriétaire ; il en a fait l'avance ; puis la vente ayant été résiliée pour un vice rédhibitoire, le vendeur se voit écarté par l'*exceptio redhibitionis* quand il réclame le prix à l'acheteur. A l'appui de cette décision, Paul fait observer que celui qui fait l'avance du prix au propriétaire s'expose aussi à être écarté par l'exception *mercis non traditæ*, lorsqu'il réclame le prix de vente à l'acheteur. Cet intermédiaire, qui vend pour le compte d'autrui et avance le prix au propriétaire, fait office de banquier.

(1) Ap. Ulp., D., XXI, 1, 31, 8 : *Marcellus et hoc in emptoribus servari oportere ait : nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet quoad emptor satisfaciat.* Cf. Scæv., 2 Resp., D., XVIII, 4, 22.

(2) Ulp., D., XIX, 1, 13, 8 : *Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur : et ideo si pretii partem offerat, nondum est ex empto actio : venditor enim quasi pignus, retinere potest eam rem quam vendidit.* Paul (17 ad Plaut., D., XII, 1, 31, 1) rectifie sur ce point une décision de Julien : *Sed adjicere debuit Julianus non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quam si ei pretium solidum et quæcumque si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi præstaret.* Cf. 5 Quæst., D., XXI, 1, 57 pr. ; Diocl., C., IV, 49, 8.

(3) Carac., C., VIII, 44, 5. L'acheteur peut également refuser de payer, lorsque

deur et acheteur doivent désormais, en principe et sauf convention contraire, exécuter simultanément leurs obligations (1).

IV. Droits du vendeur non payé. — Le vendeur non payé peut intenter contre l'acheteur l'action *venditi;* mais il n'en est pas réduit à cette action personnelle, qui lui fait courir le risque de l'insolvabilité de l'acheteur : pour déterminer ses droits, il faut distinguer la vente au comptant et la vente à terme.

Dans la vente *au comptant*, le vendeur non payé a le droit de rétention; il conserve même, malgré la tradition, la propriété et l'action en revendication (I, 268; 269, 1; 604, 1). La loi n'a pas voulu qu'il fût victime de sa complaisance, s'il a consenti à se dessaisir de la chose sans en recevoir immédiatement le prix. Dans la vente *à terme*, qui est la plus fréquente dans les usages du commerce, le vendeur suit la foi de l'acheteur; il lui fait crédit : la jurisprudence a pensé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la règle qui subordonne l'acquisition de la propriété au payement du prix. Le vendeur est censé avoir renoncé à la garantie que la loi lui offrait : on l'assimile à celui qui a reçu de l'acheteur une satisfaction (2). Il n'a donc qu'un droit de créance sanctionné par l'action *venditi*. Si cependant la vente avait pour objet une *res mancipi*, et que le vendeur ne l'eût pas encore mancipée ou cédée *in jure*, il en aurait le *nudum jus quiritium* et pourrait la revendiquer.

Mais si, dans la vente à terme, le vendeur non payé n'a en général qu'un droit de créance, il dépend de lui de prendre ses précautions au moment de la vente pour éviter les risques de l'insolvabilité de l'acheteur. D'abord il peut exiger des sûretés personnelles ou réelles, une caution ou un gage (I, 269, 1). Puis, il peut, grâce à certains expédients, se réserver un droit réel sur la chose vendue : 1° Le moyen le plus simple consiste à faire tradition à titre *précaire* (3); l'acheteur n'a pas d'objection à faire

son droit de propriété est mis en question par un tiers qui le poursuit en revendication. Le vendeur ne pourrait le forcer à payer même en offrant des sûretés pour la restitution du prix (Pap., 2 Resp., *Vat. fr.*, 12). C'était excessif : Dioclétien n'admet pas le refus de payer lorsque le vendeur fournit une satisfaction (C., VIII, 45, 24). Tribonien a modifié en conséquence (Pap., D., XVIII, 6, 18, 1).

(1) La même règle s'applique aux autres contrats synallagmatiques parfaits. Les auteurs modernes donnent à l'exception invoquée par le défendeur le nom d'exception *non adimpleti contractus*. Cf. Saleilles, *Obligation*, 181.

(2) Gaius ne paraît pas avoir connu cette règle (28 ad Ed. prov., D., XVIII, 1, 53). Elle est énoncée pour la première fois par un de ses contemporains (Pomp., 31 ad Q. Muc., *eod.*, 19 : *Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione;* Ulp., 29 ad Ed., D., XIV, 4, 5, 18).

(3) P. 393, 2. Ulp., 2 Resp., D., XLIII, 26, 20.

puisqu'il obtient la jouissance de la chose (1), et le vendeur y trouve l'avantage de pouvoir reprendre sa chose à défaut de payement, car le précaire est révocable *ad nutum*. 2° Un autre procédé consiste à livrer la chose à l'acheteur à titre de *louage* (2) jusqu'à ce que le prix soit payé. Le vendeur conserve ici la possession et par suite la propriété (3). A tous autres égards, la vente produit ses effets : les risques sont pour l'acheteur. 3° Un procédé très usité consistait à réserver au vendeur la faculté de faire déclarer l'acheteur déchu de son droit faute de payement au terme fixé (4).

V. Vente sous condition résolutoire. — La condition résolutoire se présente dans le contrat de vente sous plusieurs formes : 1° le *pactum displicentiæ* confère à l'acheteur la faculté de résilier la vente si la chose cesse de lui plaire dans un certain délai (5) ; 2° le pacte de réméré permet au vendeur d'exiger la restitution de sa chose à charge d'en rendre le prix ; 3° l'*in diem addictio* lui confère le droit de résoudre la vente s'il trouve des conditions meilleures dans un certain délai (6) ; 4° par la *lex commissoria*, il se réserve le droit de résilier la vente si le prix ne lui en est pas payé dans un certain délai (7). Cette clause, qui peut se combiner avec une tradition à précaire, n'implique pas que le vendeur suive la foi de l'acheteur ; elle n'emporte pas nécessairement renonciation au droit de revendiquer faute de payement du prix : elle a pour but, bien moins de procurer une sûreté au vendeur, que de lui permettre de rompre son engagement.

Ces pactes n'ont pas toujours un caractère résolutoire : les parties peuvent à leur gré leur donner la valeur d'une condition suspensive (8). Les deux derniers, qui sont les plus importants,

(1) Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 1, 13, 21.

(2) Jav., 7 ex Cass., D., XVIII, 6, 16. Cf. Tert., 1 Quæst., D., XLI, 2, 28.

(3) Paul, 34 ad Ed., D., XIX, 2, 20, 2 : *Interdum locator non obligatur, conductor obligatur, veluti cum emptor fundum conducit, donec pretium ei solvat.*

(4) On cite encore le *pactum reservatæ hypothecæ*, origine de notre privilège du vendeur : le vendeur se réserve un droit d'hypothèque. Mais à vrai dire il s'agit moins d'un droit retenu que d'un droit établi immédiatement après la vente. Aussi, lorsque l'acheteur est un mineur, Ulpien estime que l'hypothèque n'est pas valable (35 ad Ed., D., XXVII, 9, 1, 4) ; Paul (*eod.*, 2) pense qu'on pourra en obtenir la confirmation par une faveur du prince.

(5) Pap., *Vat. fr.*, 14 : *Si Stichus intra certum diem tibi displicuerit, inemptus esto.*

(6) Cette clause, dont on trouve des exemples dès le VIe siècle (Plaut., *Capt.*, I, 2, 76; Brut., Q. Muc., ap. Ulp., 28 ad Sab., D., XVIII, 2, 13 pr.), a été empruntée, comme son nom l'indique, à l'usage des ventes aux enchères (I, 597, 1). Mais ici l'*addictio*, au lieu d'être prononcée séance tenante, est ajournée (*in diem*).

(7) Nerat., 5 Membr., D., XVIII, 3, 5.

(8) Vente à l'essai : Mela, ap. Ulp., 23 ad Ed., D., XIX, 5, 20, 1; Inst., III, 23, 4. *Lex commissoria :* Lab., 4 Post., D., XVIII, 1, 78, 2.

n'ont même pas eu de tout temps un caractère résolutoire : au Ier siècle, on considère la vente faite sous une de ces clauses comme une vente sous condition suspensive (1). C'est Julien qui le premier eut la pensée d'envisager l'*in diem addictio* comme un pacte résolutoire (2), à l'exemple du *pactum displicentiæ* (3). Cette manière de voir fut étendue à la *lex commissoria* et y devint prépondérante : la vente consentie sous cette clause fut réputée faite sous condition résolutoire, sauf intention contraire des parties (4).

Chacune de ces conceptions a ses avantages et ses inconvénients : le vendeur sous condition suspensive a une action réelle pour recouvrer sa chose ainsi que les fruits et accessoires, mais il a la charge des risques ; de son côté, l'acheteur ne peut usucaper s'il a acquis *a non domino*. Au contraire, le vendeur sous condition résolutoire est traité comme un vendeur pur et simple ; il est déchargé des risques si la condition fait défaut ou si la perte de la chose empêche la condition de se réaliser (5). De plus, si la condition se réalise, il peut exiger la restitution de la chose, même si elle a été usucapée par l'acheteur (6); il peut aussi exiger les fruits et les accessoires (7).

Le pacte résolutoire joint à la vente produit-il un effet personnel ou réel? L'intérêt pratique de la question est évident : si la condition résolutoire a un effet réel, elle opère à l'égard des tiers; si elle n'a que des effets personnels, l'ayant droit sera dans la situation de tout créancier exposé aux chances d'insolvabilité du débiteur; ou même, si le débiteur est solvable et qu'il ait aliéné la chose, l'ayant droit n'obtiendra que des dommages-intérêts, au lieu de la chose qu'il voudrait avoir. D'autre part, l'action personnelle a aussi ses avantages : elle n'exige pas, comme l'action réelle, que le défendeur possède ou ait cessé par

(1) Sab., ap. Paul, 54 ad Ed., D., XLI, 4, 2, 3-4. L'exclusion de l'usucapion ne se conçoit que si la vente n'est pas parfaite (Pomp., ap. Ulp., 28 ad Sab., D., XVIII, 2, 4 pr. ; Jul., ap. Ulp., 31 ad Sab., D., XLI, 9, 1, 2).

(2) Jul., ap. Paul, *loc. cit.*, 2, 4.

(3) Ulp., D., XVIII, 1, 3. Ce pacte fut sanctionné d'abord par l'action rédhibitoire; or *redhibitio est venditionis resolutio* (Ulp., D., XLI, 2, 13, 2).

(4) Ulp., 28 ad Sab., D., XVIII, 3, 1 : *Magis est...*

(5) P. 366, 1. La vente reste dans ce cas pure et simple (Jul., ap. Ulp., D., XVIII, 2, 2, 1). Paul (*eod.*, 3) en donne pour raison que la perte de la chose empêche l'offre de conditions meilleures. Doit-on en conclure que si la condition peut s'accomplir malgré la perte de la chose, les risques seront pour le vendeur? La question est controversée (cf. Bufnoir, 458). D'après Pomp. (35 ad Sab., D., XVIII, 3, 2), si le vendeur est libre de ne pas demander la résiliation et de réclamer le prix de vente, la perte est pour l'acheteur.

(6) Arg. Jul., 17 Dig., D., XXXIX, 6, 13 pr.

(7) Jul., ap. Ulp., *l. c.*, 6 pr. : *Fructus refundere... debere constat.*

dol de posséder; elle rend l'acquéreur responsable des détériorations survenues par sa faute; elle l'oblige à rendre les fruits et accessoires de la chose.

A priori, il est peu vraisemblable que les Romains aient attribué à la condition résolutoire des effets réels. Ce serait contraire à la fois aux principes et aux faits : aux principes, car jusqu'à la fin de l'époque classique on n'admet pas un transfert de propriété limité dans sa durée (p. 200, 4); un transfert *ad conditionem* devait être proscrit aussi bien qu'un transfert *ad tempus;* aux faits : *a*) l'aliénateur fiduciaire n'a pour recouvrer sa chose qu'une action personnelle (p. 200, 6); *b*) lorsque les jurisconsultes du Ier siècle veulent attribuer à un pacte résolutoire un effet réel, ils présentent le contrat sous un aspect différent : ils le subordonnent à une condition suspensive négative (1).

La condition résolutoire ne saurait donc normalement avoir d'autre effet que d'obliger l'acquéreur à retransférer la propriété à l'aliénateur. Cette obligation fut sanctionnée d'abord par l'action rédhibitoire (2), lorsqu'elle résultait d'un *pactum displicentiæ* joint à une vente régie par l'édit des édiles, ou par une action *in factum,* analogue à l'action rédhibitoire, pour les ventes qui n'étaient pas de leur compétence (3). Sabinus proposa de la sanctionner par l'action même du contrat, l'action *empti;* tandis que Proculus, dans un cas analogue à celui du pacte de réméré, préfère accorder une action *in factum* modelée sur l'action *empti* (4). L'opinion de Proculus avait encore des partisans au début du IIIe siècle, mais celle de Sabinus, appliquée par Julien à l'*addictio in diem,* par Pomponius à la *lex commissoria*, consacrée par un rescrit de S. Sévère, était la plus commode en pratique (5). La seule objection qu'on pût lui adresser en théorie, c'est qu'il était singulier qu'une action, créée pour assurer l'exécution d'un contrat, pût en même temps servir à le dissoudre (6). Mais ce point de vue parut trop étroit aux grands jurisconsultes

(1) La vente avec clause d'*in diem addictio* par exemple, apparaît sous la forme d'une vente *nisi melior conditio offeratur :* ici le vendeur conserve le droit de revendiquer sa chose si la condition prévue se réalise (Ulp., 28 ad Sab., D., XVIII, 2, 2 pr.).

(2) Diocl., C., IV, 58, 4; Ulp., 1 ad Ed. æd., D., XXI, 1, 31, 22 et 24.

(3) Papinien (3 Resp., *Vat. fr.*, 14) mentionne cette action qui, de son temps, lui paraît inutile. Sur les difficultés auxquelles donne lieu cette action, cf. Kniep, *Præscriptio und Pactum*, 1891, p. 120; Voigt, *J. N.*, III, 855.

(4) Ap. Paul, 2 ad Ed., D., XVIII, 5, 6; Proc., 11 Ep., D., XIX, 5, 12.

(5) Paul, *loc. cit.;* Jul., ap. Ulp., D., XVIII, 2, 4, 4; Sev., ap. Ulp., *eod.*, 16.

(6) Pomp., D., XVIII, 1, 6, 1 : *Nec conturbari debemus quod inempto fundo facto dicatur actionem ex vendito futuram esse; in emptis enim et venditis potius id quod actum quam id quod dictum sit, sequendum est; et... apparet hoc duntaxat actum esse... non ut omnis obligatio empti et venditi utrique solveretur.*

en présence de l'étendue des pouvoirs reconnus au juge de l'action de bonne foi. Papinien accorde l'action du contrat *quoniam eo jure contractum in exordio videtur.*

La jurisprudence classique a-t-elle été plus loin? A-t-elle admis que la propriété reviendrait de plein droit à l'aliénateur? La question est depuis longtemps controversée. Les textes ne font pas défaut, mais paraissent divergents. On est d'accord pour reconnaître que l'effet réel a été consacré par Justinien, mais que, s'il a été admis à l'époque classique, il ne l'a pas été d'une manière générale. Les uns y voient une opinion isolée de quelques jurisconsultes (1); d'autres en restreignent l'application à des cas exceptionnels (2); d'autres enfin l'écartent absolument (3). La vraie solution était de donner ici exceptionnellement au pacte adjoint un effet réel (4). Telle paraît avoir été

(1) Pellat, *Propriété*, 274; Accarias, II, 314; Bufnoir, 139.

(2) Bechmann, *Der Kauf*, II, 384; Dernburg, I, § 112, 9.

(3) Schulin, *Resolutivbedingungen*, 1875, p. 171; Appleton, II, 267; Girard, *Manuel*, 718. Contra : de Senarclens, *Etude sur l'*in diem addictio, 1896, p. 292.

(4) En fait, les textes n'attribuent un effet réel au pacte résolutoire que dans l'*addictio in diem* (Marcel., ap. Ulp., D., XVIII, 2, 4, 3; D., XX, 6, 3; Ulp., 17 ad Ed., D., VI, 1, 41 pr.; Paul, 49 ad Ed., D., XXXIX, 3, 9 pr.) et la *lex commissoria* (Scæv., 7 Dig., D., XVIII, 3, 8; Alex. Sev., C., IV, 54, 4). Or on a remarqué que ces textes visent soit la vente d'une *res mancipi* réalisée par simple tradition (Marcellus et Ulpien, *loc. cit.*, parlent de la vente d'un fonds de terre; Paul s'occupe d'une servitude prédiale constituée par *in jure cessio*), soit une vente au comptant dont le prix n'est pas payé : c'est ce qui avait lieu notamment en cas de *lex commissoria* (p. 419). Dans les deux cas l'existence d'une action réelle au profit de l'aliénateur s'explique aisément, car il n'a pas cessé d'être propriétaire. De même dans le premier cas on conçoit que l'acquéreur soit traité comme un propriétaire jusqu'à l'arrivée de la condition (Marcel., *loc. cit. : Ex quo colligitur quod emptor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret) :* il a l'*in bonis* sanctionné par la Publicienne; il peut exercer efficacement cette action même contre son vendeur. Mais la condition une fois accomplie, il ne peut plus invoquer son contrat pour paralyser l'exception *justi dominii* par la réplique *rei venditæ et traditæ.* Cette interprétation est plausible; il reste pourtant un doute : Marcellus refuse au *pactum displicentiæ* l'effet qu'il attribue à l'*in diem addictio* (D., XX, 6, 3 : *Marcellus ait finiri pignus si melior conditio fuerit allata; quanquam ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet...*). L'opposition qu'il établit entre les deux pactes résolutoires n'aurait pas de raison d'être si la solution ne tenait à la différence des espèces. Il est donc vraisemblable que, tout au moins quant à l'*in diem addictio*, il y a eu une tentative faite à l'époque classique pour attribuer à la condition résolutoire un effet réel. Cet effet était ici bien nécessaire : la clause courait grand risque d'être illusoire si le vendeur n'était pas certain de recouvrer sa chose, le cas échéant, dans l'état où il l'avait livrée et libre de toute charge. Sans quoi, comment aurait-il trouvé des conditions meilleures? C'est pour lui donner cette sécurité qu'on fit d'abord de cette clause une condition suspensive; mais cette conception avait l'inconvénient de laisser les risques à la charge du vendeur, de sorte qu'une clause ajoutée dans son intérêt se retournait contre lui. — La condition produit-elle ici un effet rétroactif? Paul (*loc. cit.*) semble appliquer cette doctrine : le vendeur sous clause d'*in diem addictio*, peut valablement consentir une servitude *pendente conditione.* De Senarclens (*op. cit.*, p. 295) objecte D., XVIII, 2, 4,

l'opinion de Marcellus (1), et dans cette mesure restreinte, son innovation mérite d'être approuvée. Justinien a eu tort de la généraliser (2) : l'exercice de l'action en revendication contre les tiers est très dangereux; il produit des conséquences tellement graves qu'on peut regretter que les rédacteurs du Code civil aient reproduit sur ce point la législation du Bas-Empire (3). Ils auraient été mieux inspirés en suivant les traces des jurisconsultes classiques et en réservant l'action résolutoire réelle pour des cas exceptionnels (4).

II

LE LOUAGE.

Le louage est un contrat par lequel une personne promet à une autre, moyennant une redevance ordinairement fixée en argent, la jouissance d'une chose (*locatio rei*), ses services (*locatio operarum*), ou l'exécution d'un ouvrage (*locatio operis*).

On appelle *locator* celui qui a l'initiative du contrat : le propriétaire qui met sa maison à louer, le mercenaire qui offre ses services, le maître d'un terrain qui va trouver un entrepreneur pour faire bâtir une maison. L'autre partie est le *conductor* (5).

En exposant l'histoire du louage (I, 615-630), nous avons montré comment se sont introduites les trois variétés qu'il présente, les besoins auxquels elles répondent. Le droit classique a déterminé les caractères qui leur sont propres, les obligations qui en résultent. Il a amélioré la situation du fermier en obligeant le bailleur à lui tenir compte de ses impenses; il a favorisé le renouvellement du bail ou son maintien en cas de décès de l'un des contractants. Il a distingué les services qui font l'objet d'une *locatio* et ceux qui donnent lieu à des honoraires, précisé la notion de la *locatio operis*, et résolu conformément à l'équité, la question des risques qui incombent à l'entrepreneur.

4, qui exclut la rétroactivité et oblige l'acheteur à céder au vendeur l'interdit *quod vi aut clam ;* mais ce texte est de Julien, qui n'admet pas l'effet réel du pacte.

(1) Une exception analogue a été proposée par Ulpien pour les donations à cause de mort (17 ad Ed., D., XXXIX, 6, 29).

(2) Justinien, ayant supprimé la distinction de la propriété quiritaire et de l'*in bonis,* on ne peut plus expliquer les textes qui accordent à l'aliénateur une action réelle en disant qu'il est propriétaire de la chose qu'il a livrée, mais non mancipée. En insérant ces textes au Digeste, les compilateurs ont entendu attribuer à la condition résolutoire un effet réel.

(3) La loi du 23 mars 1855, art. 7, a atténué, dans une certaine mesure, les inconvénients de la règle consacrée par le Code civil.

(4) Cf. J.-E. Labbé sur Ortolan, III, 858.

(5) On a l'habitude de signaler une anomalie dans la terminologie romaine : dans le louage de chose et dans le louage de services, celui qui promet la jouissance ou les

I. Louage de choses. — La *locatio rei* n'est plus, comme autrefois, la concession temporaire de l'usage d'une chose moyennant une redevance en argent ou en nature (I, 622) : c'est un contrat par lequel le locateur promet de faire jouir le locataire (*præstare frui licere*) (1) pendant un certain temps et moyennant une redevance. A cet égard, le louage ressemble à la vente. L'analogie est telle entre ces deux contrats que Gaius dit qu'ils ont un air de famille et comme une parenté (2). Mais il y a aussi une différence essentielle : le vendeur promet de mettre l'acheteur en mesure de retirer de la chose toute l'utilité qu'elle est susceptible de fournir dans le présent et dans l'avenir, le locateur ne promet que la jouissance, et cette promesse n'est que temporaire (3). Par suite, le louage, à la différence de la vente, implique des rapports successifs entre les parties; il ne peut se réaliser *uno tractu temporis*.

Le louage ressemble également à l'usufruit; l'un et l'autre confèrent un droit à la jouissance temporaire d'une chose. Mais l'usufruitier a un droit réel, tandis que le locataire n'a qu'un droit de créance (4). Le premier est protégé par une action réelle et des interdits quasi possessoires; le second n'a qu'une action personnelle. A l'inverse, le droit de l'usufruitier est intransmissible; celui du locataire se transmet d'ordinaire à ses héritiers.

§ 1er. *Éléments essentiels du louage.* — Comme la vente, le louage exige pour sa formation trois conditions : *consensus*, *res*, *merces*. L'accord de volontés des parties est nécessaire, comme dans tous les contrats; il est suffisant : aucune formalité n'est requise.

Le louage peut avoir pour objet toute chose corporelle dans le commerce, pourvu qu'on puisse en jouir sans la consommer par le premier usage (5). Parmi les choses incorporelles, on ne

services s'appelle *locator;* celui qui promet de payer le prix est le *conductor*. Dans le louage d'ouvrage, les rôles, dit-on, sont intervertis : celui qui promet d'exécuter l'ouvrage est le *conductor*, celui qui paye est le *locator*. Cette anomalie n'est qu'apparente : les Romains se sont placés à un point de vue différent pour fixer la terminologie; ils ne se préoccupent pas de savoir si le *locator* donne ou reçoit la *merces*.

(1) Pomp., ap. Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 2, 9 pr.

(2) 2 Aur., *eod.*, 2 pr., 1.

(3) Ulp., 2 ad Ed., D., XIX, 2, 39 : *Non solet locatio dominium mutare.*

(4) Conséquences : 1° le bailleur a le droit d'expulser le preneur, mais celui-ci peut réclamer une indemnité si le bailleur use de son droit contrairement à la bonne foi (Paul, D., XIX, 2, 54, 1); 2° en cas de vente, l'acheteur peut expulser le locataire sous réserve d'indemnité si, comme il est d'usage, le vendeur lui a imposé l'obligation de maintenir le preneur en jouissance (P. 416, 3. Gaius, *h. t.*, 25, 1; Alex., C., IV, 65, 9).

(5) Il en est ici comme dans le commodat : les choses même qui se consomment *primo usu* peuvent être louées *ad pompam et ostentationem* (p. 391, 4).

peut louer que l'usufruit et les services d'un esclave (p. 276; 286, 4).

Il n'est pas nécessaire d'être propriétaire ou usufruitier pour avoir le droit de louer une chose : le louage peut être consenti par un simple locataire, même par une personne qui n'a aucun droit sur la chose, comme un acheteur de bonne foi qui est ensuite évincé (1). Mais on ne peut louer sa propre chose (2), à moins que le locateur n'ait un droit opposable au propriétaire, par exemple, un usufruit (3).

§ 2. *Applications du louage de choses.* — Les deux applications principales du louage de choses sont : le louage de maison et le louage de fonds de terre (4). L'exploitation directe des terres à l'aide d'esclaves ou de mercenaires n'était guère possible depuis que les grands propriétaires avaient perdu l'habitude de résider sur leurs domaines : elle n'aurait pas été rémunératrice. A l'exemple de l'Etat, ils affermèrent leurs terres à des *conductores* qui les divisaient en parcelles pour les sous-louer à des colons chargés de la culture (p. 193).

Ce mode d'exploitation ne fut d'ailleurs pas toujours très pratique : il était difficile de trouver de bons fermiers, et quand on en avait, on ne pouvait pas toujours les décider à renouveler leur bail aux mêmes conditions; on usait parfois de contrainte pour les retenir. Les empereurs et les jurisconsultes protestent contre cet abus (5). On favorisa du moins la prolongation du bail soit en autorisant les enfants du colon à continuer la culture après la mort de leur père (6), soit en validant les baux conclus pour une durée indéterminée.

§ 3. *Obligations du bailleur.* — 1° Le bailleur est tenu de faire jouir le preneur : il doit lui procurer la jouissance de la chose et de ses accessoires pendant toute la durée du bail. Ce n'est pas à dire que le preneur ait un droit réel comme l'usufruitier; le propre d'un droit réel est d'être absolu, indépendant de toute prestation obligatoire; or, le droit du preneur dépend du payement du loyer; le preneur n'a donc qu'un droit de créance. La constitution de ce droit n'était pas sans difficultés : en cas

(1) PAUL, D., XIX, 2, 7 ; 24, 1; POMP., ap. ULP., 9 pr.; ALEX., C., IV, 65, 6.
(2) ULP., *h. t.*, 9, 6; TERT., D., XLI, 2, 28.
(3) POMP., ap. ULP., D., VII, 4, 29 pr.; DIOCL., C., IV, 65, 20.
(4) Il faut y joindre le louage d'un magasin général (*horreum*) ou d'un local dans ce magasin. Sur les particularités de ce louage, voir notre article LOCATIO (*Dict. des Antiq.*, V, 1288).
(5) CALLISTR., D., XLIX, 14, 3, 6. Voir notre *Conseil des Empereurs*, p. 432.
(6) COLUM., I, 7, 3 : *Felicissimum fundum esse, qui colonos indigenas haberet et tanquam in paterna possessione natos inde a cunabulis longa familiaritate retineret.*

d'inexécution d'une obligation, il est de principe que le créancier ne peut demander que des dommages-intérêts. Ce principe ne pouvait ici être appliqué : le but que le locataire d'une maison, par exemple, se propose d'atteindre, serait manqué si, au lieu du logement sur lequel il compte pour abriter sa famille, on lui offre une indemnité. La jurisprudence a résolu le problème par un compromis : le louage est resté un simple rapport obligatoire, mais le preneur peut exiger qu'on le fasse jouir (1). Le bailleur doit notamment entretenir la chose en bon état, faire les réparations nécessaires, procurer au preneur les accessoires qui sont le corollaire forcé de la jouissance.

2° Le bailleur est responsable de toute faute commise dans l'exécution de sa promesse, à moins qu'il n'en résulte pas de dommage appréciable pour le locataire, lors par exemple qu'il y a eu un léger retard dans la mise en jouissance (2). Il est même responsable du fait d'un tiers qui empêche le locataire de jouir : il doit une indemnité non seulement pour le préjudice matériel, mais aussi pour le gain dont le locataire a été privé. Si, cependant, le bailleur n'avait pu lever l'obstacle à la jouissance par suite d'un cas de force majeure, il devrait seulement faire remise du loyer ou le restituer s'il l'avait touché (3).

3° Le bailleur doit garantie contre l'éviction alors même qu'on ne pourrait lui reprocher ni dol ni faute (4). Le locataire ne peut invoquer l'édit des édiles sur les vices rédhibitoires ; mais si les vices l'empêchent de jouir de la chose, il a droit à une indemnité ou tout au moins à une remise du loyer (5).

4° Le bailleur doit rembourser les dépenses nécessaires ou utiles faites par le preneur (6).

§ 2. *Obligations du preneur.* — Le preneur doit payer la redevance convenue aux époques fixées dans le contrat. Cette obligation est corrélative à celle de faire jouir : elle cesse quand le bailleur est hors d'état de maintenir le preneur en jouissance, lors, par exemple, que la chose a péri par cas fortuit. Il en est de même si le locataire a quitté la maison par crainte d'un

(1) P. 230, 7. Ulp., D., XIX, 2, 15, 1 ; Gaius, 10 ad Ed. prov., *eod.*, 25, 2 ; Nerat., *eod.*, 19, 2 ; Paul, *eod.*, 24, 4. Le bailleur peut, en cas de nécessité, substituer une chose équivalente à celle qui ne peut pas être utilisée (Lab., 60 pr. : *Nisi paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare*).

(2) Ulp., *eod.*, 19, 5 ; Diocl., C, IV, 65, 28 ; Paul, *h. t.*, 24, 4.

(3) Jul., ap. Afr., 8 Quæst., *eod.*, 33 *ad finem*.

(4) Pomp., ap. Ulp., 32 ad Ed., *eod.*, 9 pr.

(5) Ulp., D., XXI, 1, 63 ; Cass., *h. t.*, 19, 1 ; Serv., Lab., Sab., *eod.*

(6) Scæv., 7 Dig., *eod.*, 61 pr. ; Paul, 2 Sent., *eod.*, 55, 1. Labéon accorde au locataire le droit d'enlever la porte ou toute autre chose qu'il a ajoutée à la maison, pourvu qu'il ne détériore pas la construction (ap. Ulp., 32 ad Ed., *eod.*, 19, 4).

danger : alors même que ce danger ne serait pas réel, si la crainte est fondée sur une juste cause, le loyer n'est pas dû. Mais le locataire doit souffrir un trouble momentané apporté à sa jouissance par le propriétaire s'il n'en résulte pas pour lui un trop grand préjudice (1).

Le locataire qui, par force majeure et sans sa faute, a été privé de la jouissance, a droit à une remise du prix du bail, proportionnée à la privation qu'il a subie. Il en est de même lorsque la récolte a péri par un cas de force majeure (2); mais si les années suivantes la récolte est abondante, le bailleur pourra réclamer le loyer qu'il n'a pas perçu. La remise est proportionnée à l'importance du dommage, déduction faite de la valeur des semences (3) ; elle n'est pas due si le dommage est modique ou si le fermier est un colon partiaire (4).

Le preneur doit user de la chose en bon père de famille (5). Il est responsable du fait des gens à son service. Il doit même veiller à ce qu'un tiers n'usurpe un droit au préjudice du bailleur ou ne détériore la chose louée (6).

La *merces* (7) consiste ordinairement en argent; mais aucun texte de l'époque classique ne présente cette condition comme essentielle; aucun ne dit que la *merces* doive, comme le *pretium*, dans la vente, consister en argent monnayé (8). Pour le louage

(1) Alf., 2, 3 Dig. ep., *eod.*, 30, 1; 27, 1.

(2) Ulp., *eod.*, 11, 1; Mela, ap. Ulp., 19, 6; Serv., *eod.*, 15, 2 : inondation, tremblement de terre, maladie des arbres fruitiers, geais, étourneaux, charbon, etc.

(3) Pap., 4 Resp., *eod.*, 15, 4; Ulp., *eod.*, 15, 7.

(4) Gaius, *eod.*, 25, 6 : *Apparet autem de eo nos colono dicere qui ad pecuniam numeratam conduxit; alioquin partiarius colonus quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur.*

(5) *Ibid.*, 25, 3, 4; Lab., ap. Ulp., *eod.*, 11, 4; Pomp., *eod.*, 11 pr.

(6) Ulp., *eod.*, 11, 2. Il répond également de l'incendie résultant d'un cas fortuit lorsque le bail contient la clause *ut innocentem ignem habeat* (*ibid.*, 9, 3).

(7) On oppose parfois *merces* à *pensio* (Gaius, D., XXXIX, 5, 11. Cf. Savigny, IV, 45, h.), qui désigne alors le loyer d'une maison (Ulp., D., V, 3, 27, 1 et 29; XXII, 1, 36; XXIV, 3, 7, 11 ; XXX, 39, 1). *Pensio* se dit aussi du loyer d'un fonds de terre (Paul, D., XXXII, 27, 2; V, 1, 36, 1).

(8) La doctrine contraire a prévalu au Bas-Empire : les scolies des Basiliques (Heimbach, II, 334) le prouvent. Cette doctrine paraît motivée par une fausse interprétation de deux textes de Gaius et d'Ulpien (cf. Ferrini, *Archiv f. civ. Pr.*, LXXXI, 1). Gaius (III, 142) dit que le louage est soumis pour sa formation à des règles semblables à celles de la vente : il faut une *merces certa*. Il signale encore (III, 144) deux cas où il y a discussion sur le point de savoir s'il y a louage, notamment celui où chacun des contractants remet à l'autre *rem utendam*. Les rédacteurs des Institutes de Justinien (III, 24, 2) en ont conclu que le louage donna lieu, comme la vente, à une controverse entre les Sabiniens et les Proculiens sur le point de savoir si la *merces* pouvait consister en autre chose qu'en argent. Cette conclusion n'est pas exacte; la controverse n'a pas eu pour le louage une portée générale, car dans la plupart des cas l'objection des Proculiens n'avait pas de raison d'être ; il n'y avait aucune difficulté à distinguer le locateur du locataire : il en était autre-

d'un fonds de terre, on a admis de tout temps que la redevance pourrait être fixée en nature (1). Cette redevance consiste soit en une quantité prise sur la récolte, soit en une quotité de cette récolte (2); dans ce dernier cas, le louage porte le nom de *colonat partiaire* (3). Parfois la redevance a un caractère mixte : elle comprend un loyer en argent et des prestations accessoires en nature (4).

A la fin du bail, le preneur doit restituer la chose et ses accessoires, le tout en bon état, sauf le cas de vétusté ou de force majeure (5). Si l'*instrumentum fundi* lui a été remis sur estimation, la perte fortuite est à sa charge (6).

§ 3. *Comment le louage prend fin.* — Le louage prend fin au terme fixé par le contrat. Ce terme était ordinairement d'un an pour les maisons (I, 625), de cinq ans pour les fonds de

ment dans le cas signalé par Gaius au § 144. Le texte d'Ulpien (30 ad Ed., D., XVI, 3, 1, 9) cité par Stéphane, n'est pas plus probant, et s'explique de même : il prévoit le cas où l'un des contractants se charge de la garde d'un esclave moyennant l'autorisation d'utiliser ses services. Ici encore on ne peut distinguer le locateur du locataire ; au lieu de l'action *locati* ou *conducti*, on donnera l'action *præscriptis verbis*. La raison *quia pecunia non datur* s'explique par l'antithèse établie par Ulpien entre le cas qu'il examine et celui dont il a parlé au commencement du texte : *Si quidem merces intervenit custodiæ, puto esse actionem... ex conducto ; ... quia pecunia non datur, præscriptis verbis datur actio.* Un fragment de Paul a été souvent invoqué pour prouver qu'à l'époque classique la *merces* devait consister en argent (5 Quæst., D., XIX, 5, 5, 2) : ... *Si tale sit factum quod locari solet puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit... Si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio.* Il est aujourd'hui reconnu que ce texte a été interpolé : si Paul avait établi une antithèse suivant que la *merces* est en argent ou en tout autre chose, il n'aurait pas écrit : *pecunia data, si rem do*, mais *si pecuniam dem*, ou *re data*. Cf. GRADENWITZ, *Interpolationen*, p. 132.

(1) Il en était ainsi au milieu du VIe siècle de Rome (t. Ier, 621, 4) comme au temps de Cicéron (*Verr.*, III, 32, 75 ; 33, 77). Varron parle également d'une redevance en nature pour le louage de ruches (*R. r.*, III, 16, 10 : *Alvearia sua locata habet quotannis quinis millibus pondo mellis*). Sous l'Empire, la même règle fut observée (JUL., ap. AFR., D., XIX, 2, 35, 1 : *Si proponatur inter duos qui singulos proprios fundos haberent, convenisse, ut alter alterius ita conductum haberent, ut fructus mercedis nomine pensaretur;* ALEX., C., IV, 65, 8 : *Licet certis annuis quantitatibus fundum conduxeris...;* DIOCL., *eod.*, 21 : *Si olei certa ponderatione fructus anni locasti*).

(2) PLIN., *Ep.*, IX, 37 ; GAIUS, *h. t.*, 25, 6. Cf. CIC., *p. Cæc.*, 32 : *Rationes a colono accepit;* Inscr. d'Hr METTICH, I, 21-24 : *Partes fructuum et vinearum ... cujusque generis habet, præstare debebunt.* C'est là aussi sans doute le sens des *partes agrariæ* du *saltus Burunitanus*. Cette redevance en nature pouvait être remplacée par des corvées, par des journées d'hommes ou de chevaux (*operarum præbitio jugorumve*).

(3) Sur les particularités de cette convention, cf. Edouard CUQ, *Le colonat partiaire*, 1897.

(4) COL., *R. r.*, I, 7, 2 : *Nec dominum in unaquaque re, cum colonum obligaverit, tenax esse juris sui debet, sicut... lignis et ceteris parvis accessionibus exigendis quarum cura majorem molestiam quam impensam rusticis affert.*

(5) GAIUS, *eod.*, 25, 3 ; ALF., 3 Dig. ep., *eod.*, 30, 4.

(6) PROC., ap. POMP., 9 ad Sab., *eod.*, 3 ; PAUL, 5 Resp., *eod.*, 54, 2.

terre (1). Le bail peut se renouveler par une convention expresse, ou tacitement lorsque le preneur conserve la chose sans opposition du bailleur. D'après un usage emprunté au droit public, la *tacite reconduction* est d'un an pour les fonds de terre (2). Si le louage a été conclu sans terme (3), il prend fin par la volonté du bailleur ou du preneur (4). Dans tous les cas, le louage s'éteint si la chose périt par cas fortuit (5). Le locataire a le droit de se retirer lorsque le bailleur ne lui assure pas la jouissance de la chose conformément au contrat, et d'une manière générale toutes les fois qu'il a une juste cause de partir avant la fin du bail ; dans tout autre cas le bailleur peut exiger des dommages-intérêts (6). Le louage s'éteint lorsque le preneur cesse, pendant deux ans, de payer le loyer (7), ou lorsqu'il abuse de la jouissance (8).

Le louage de maisons est soumis à une règle spéciale : le locateur peut congédier le locataire quand il a besoin de sa maison pour l'habiter ou pour la réparer (9). De son côté, le locataire peut, à moins de convention contraire, s'en aller quand il veut.

La mort de l'une des parties n'est pas une cause d'extinction du louage (10).

II. Louage de services. — La *locatio operarum* comprend en principe les services qui ressemblent à ceux que les appariteurs rendent aux magistrats (I, 621). Ces services n'exigent en général ni un art ni une industrie spéciale ; ils sont susceptibles d'être évalués en argent ; ils doivent s'appliquer à une chose corporelle fournie par celui qui a commandé le travail ; ils ne consistent jamais en un fait juridique. Ce sont des services rendus par des

(1) Marcel., 6 Dig., ap. Ulp., *eod.*, 9, 1 ; Ulp., *eod.*, 13, 11 ; Paul, 34 ad Ed., *eod.*, 24, 4. Cet usage fut emprunté au droit public : les baux consentis par les censeurs avaient une durée égale à celle de leur charge, soit un lustre.

(2) Pour les maisons, il n'en était pas de même (Ulp., 13, 11), à cause du droit du bailleur de congédier le locataire. Mais si le locateur a renoncé à son droit en s'engageant par écrit pour un temps déterminé, on applique la même règle qu'aux fonds ruraux. Cf. Esmein, *Mélanges*, 224, 2.

(3) La distinction du bail sans terme préfix et du bail à terme ressort de Gord., (IV, 65, 10), qui oppose la *conductio perpetua* à la *conductio temporalis*.

(4) Cf. Alex., C., *eod.*, 6.

(5) Marcel., ap. Ulp., 32 ad Ed., *h. t.*, 9, 1.

(6) Alf., 2 Dig., *eod.*, 27, 1 ; Paul, *eod.*, 55, 2 ; 24, 2.

(7) Paul, 5 Resp., *eod.*, 54, 1 ; De off. præf. vigil., *eod.*, 56.

(8) Car., C., IV, 65, 3 ; Paul, *loc. cit.*, 54, 1.

(9) Car., *loc. cit.* Cf. t. Ier, p. 625, 1 ; Monnier, *Nouv. Rev. hist.*, XXIV, 39.

(10) Ulp., 32 ad Ed., *h. t.*, 19, 8 ; Gord., *l. c.* Il en serait autrement si le louage avait été subordonné à la condition *quoad is qui eam locasset vellet* : ici le louage prendrait fin à la mort du bailleur (Pomp., 16 ad Sab., *h. t.*, 4). Au temps de Labéon, l'héritier d'un colon n'était pas de plein droit colon : *Heres coloni quamvis colonus non est, nihilominus domino possidere existimo* (*ibid.*, 60, 1).

mercenaires (*illiberales et sordidi quæstus* (1). Les services d'une nature plus relevée, ceux qui exigent des connaissances spéciales (*artes liberales*), sont dans une catégorie à part : ils sont rémunérés, non par un salaire, mais par des honoraires ; ils donnent lieu à une *persecutio extra ordinem*.

Le louage de services oblige le *locator* à fournir les services qu'il a promis pendant le temps convenu (2) ; le *conductor* doit payer la *merces*. La *merces* est due, même si le travail n'a pas été fait, sans qu'on puisse rien reprocher au *locator ;* mais celui-ci doit justifier d'un préjudice en prouvant, par exemple, qu'il n'a pu louer ailleurs ses services (3).

Le *locator* répond de son dol et de sa négligence ; on lui impute à faute de ne pas connaître son métier (4).

Le petit nombre de textes relatifs au louage de services prouve le peu d'importance de ce contrat chez les Romains. C'est un des points sur lesquels le droit romain est un guide insuffisant pour le droit moderne. Aujourd'hui le contrat de travail, les rapports entre l'ouvrier et le patron soulèvent un grand nombre de questions que la loi et la jurisprudence se sont efforcées de réglementer. Cette différence entre le droit romain et le droit moderne tient à deux causes : d'abord un grand nombre de travailleurs étaient de condition servile ; puis ceux-là même qui étaient de condition libre étaient souvent en fait sous la dépendance du patron : ils faisaient partie de sa maison, et, sans être esclaves, ils étaient *servorum loco* (5). Si le droit romain n'a pas prévu la plupart des questions que soulève la pratique moderne, il a du moins montré avec quel esprit d'équité on devait les résoudre. Il suffit de rappeler que le patron ne peut congédier arbitrairement les ouvriers qu'il a pris à son service pour un travail ou pour un temps déterminés (6).

III. Louage d'ouvrage. — Le louage d'ouvrage a pour objet, non plus les services d'un mercenaire, mais un travail à effec-

(1) La notion primitive a été étendue à certains services manuels étrangers aux fonctions des appariteurs, ceux des gladiateurs par exemple (Paul, *Collat.*, IV, 3, 2). Voir notre article Locatio (*Dict. des Antiq.*, V, 1291).

(2) Val., Gall., C., IV, 65, 14 ; Diocl., *eod.*, 22; Ulp., 2 Disp., D., XIX, 2, 26.

(3) Paul, *eod.*, 38 pr. ; Sev., Carac., ap. Ulp., 32 ad Ed., *eod.*, 19, 9.

(4) Cels., ap. Ulp., *eod.*, 9, 5. Cf. Ulp. , 18 ad Ed., D., IX, 2, 27, 29.

(5) Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 8, 4 pr. Paul (*de pœnis pagan.*, D., XLVII, 2, 90) assimile le mercenaire à l'affranchi et au client quant au vol commis au préjudice du patron : l'action *furti* ne peut être intentée contre lui. Cette règle doit sans doute être restreinte au mercenaire qui habite avec son patron ; dans ce cas, le patron devait avoir sur lui, comme sur un affranchi, un pouvoir disciplinaire.

(6) Ulp., *h. t.*, 19, 9. Cette règle est d'autant plus remarquable que dans le louage de choses, le bailleur eut pendant longtemps le droit de congédier à son gré le locataire.

tuer à l'entreprise (1), comme la construction d'une maison ou d'un navire, le tissage d'un vêtement, la peinture d'un tableau (2), le transport de marchandises (3) ou de voyageurs (4), la célébration de funérailles (I, 618)). La *merces*, au lieu d'être proportionnée à la durée des services, est fixée à forfait (5).

Si l'entrepreneur a des matériaux à fournir, cela ne devrait pas en principe modifier la nature du contrat : telle est en effet la règle admise en cas de construction d'une maison (6). Mais dans tout autre cas on a considéré que les matériaux étaient l'objet principal du contrat et, par suite, on a dit qu'il y avait vente et non louage. Cette opinion, qui n'a pas été admise sans résistance, a fini par prévaloir (7).

Lorsque le *locator* fournit à l'entrepreneur la matière, il peut l'autoriser à en employer une autre équivalente : dans ce cas, l'entrepreneur devient propriétaire comme s'il y avait eu *mutuum ;* les cas fortuits sont à sa charge. Le contrat conserve cependant le caractère de louage (*locatio conductio irregularis*), car l'entrepreneur doit exécuter un travail et recevoir une *merces* (8).

L'entrepreneur est tenu de remplir son engagement dans le délai convenu et de la manière fixée par le contrat. Il peut d'ailleurs faire exécuter le travail par un sous-entrepreneur (9). En tout cas, il est responsable des auxiliaires qu'il emploie (10).

De son côté, le *locator* doit payer la *merces* soit en une seule fois après l'achèvement du travail, soit en plusieurs fois pendant l'exécution, suivant l'état d'avancement du travail (11).

Le travail doit au préalable avoir reçu l'approbation du

(1) Cf. Lab., ap. Paul, 2 ad Ed., D., L, 16, 5, 1. Voir p. 283, 6, une conséquence de la distinction du louage de services et du louage d'ouvrage : l'usager d'un esclave, qui ne pourrait pas louer les services de cet esclave, peut l'employer à l'exécution d'une entreprise dont il s'est chargé.

(2) Paul, D., XIX, 5, 5, 2. Cf. Pernice, *Z. Sav. St.*, 1888, p. 242.

(3) Alf., 5 Dig. ep., D., XIX, 2, 31 ; Ulp., 14 ad Ed., D., IV, 9, 3, 1.

(4) *Vectura*, Quint., *Decl.*, 12; *Velatura*, Varr., l. l., 44.

(5) Cf. l'édit de Dioclétien, *de pretiis*.

(6) Pomp., 9 ad Sab., D., XVIII, 1, 20.

(7) Gaius, III, 147 ; Sab., ap. Pomp., *eod. ;* Jav., D., XVIII, 1, 65. D'après Cassius, il y avait ici à la fois vente de matériaux et louage de services (Inst., III, 24, 4).

(8) Pomp., 9 ad Q. Muc., D., XXXIV, 2, 34. Il en est de même lorsque plusieurs personnes chargent en vrac du blé sur le même navire, et que le capitaine s'engage à rendre à chacune une quantité égale à celle qu'on lui a confiée (Alf., 5 Dig. ep., D., XIX, 2, 31). Cf. Pellat, *Textes*, p. 41.

(9) Lab., 5 Poster. *eod.*, 60, 3 ; Marcel., 8 Dig., *eod.*, 48 pr.

(10) Arg. Nerat., ap. Ulp., D., IX, 2, 27, 4 ; Pomp., ap. Ulp., *h. t.* 11 pr.

(11) Jav., 11 *Ep.*, *eod.*, 51, 1 : *Non enim quidquam interest, utrum uno pretio opus an in singulas operas collocatur, si modo universitas consummationis ad conductorem pertinuit.*

maître. Cette approbation ne peut être refusée arbitrairement ; on doit se conformer à l'usage des honnêtes gens (1).

Tant que l'ouvrage n'a pas été approuvé, les risques sont pour l'entrepreneur, à moins qu'il ne s'agisse d'un cas de force majeure (2) : l'entrepreneur est présumé en faute. Cette présomption est écartée si l'entrepreneur prouve que la perte est due à un vice de la matière fournie par le maître, ou à toute autre cause imputable au maître (3). La règle sur la responsabilité de l'entrepreneur s'applique au cas où le louage a été fait *aversione*, c'est-à-dire pour un prix fixé en bloc et qui doit être payé de même. Que si la *merces* doit être payée par fractions, l'entreprise se composant de plusieurs parties distinctes, l'approbation d'une ou de plusieurs parties par le maître décharge l'entrepreneur de toute responsabilité.

L'entreprise de *transports maritimes* est soumise à une règle particulière empruntée à la loi Rhodia *de jactu :* lorsqu'un navire se trouve en danger et que le capitaine a dû, pour le salut commun, jeter à la mer une partie du chargement, la perte se répartit entre tous les chargeurs et le propriétaire du navire proportionnellement à leur intérêt (4). Il y a ce qu'on appelle aujourd'hui *avarie commune* (5). La même règle s'applique lorsqu'on a fait tout autre sacrifice pour le salut commun : lorsqu'on a coupé l'un des mâts du navire ou déchargé une partie des marchandises sur une allège qui a fait naufrage; lorsque, capturé par les pirates, on a dû payer une rançon (6). Les chargeurs, dont les marchandises ont péri, ont l'action *locati* contre le capitaine pour obtenir la quote-part qui leur est due ; le capitaine à son tour a l'action *conducti* contre les chargeurs dont les marchandises ont été sauvées, pour leur faire payer leur quote-part (7).

(1) Paul, 34 ad Ed., *eod.*, 24 pr.

(2) Lab., *eod.*, 62; Sab., ap. Jav., 5 Poster., 59; Jav., 8 ex Cass., 37.

(3) Paul, *eod*, 62; Flor., 7 Inst., *eod.*, 36.

(4) Paul, 2 Sent., D., XIV, 2, 1 ; 34 ad Ed, *eod.*, 2, 2 : *Placuit omnes, quorum interfuisset jacturam, fieri conferre oportere, quia id tributum observatæ res deberent ; itaque dominum etiam naves pro portione obligatum esse. Jacturæ summam pro rerum pretio distribui oportet.*

(5) Une autre règle spéciale aux transports maritimes concerne les détournements autres que le vol, commis par le capitaine au préjudice des chargeurs ; il est passible d'une action *oneris aversi* qui est vraisemblablement pénale et remonte à une époque où l'action *locati* n'existait pas encore (t. Ier, p. 581, 2).

(6) Pap., *eod.*, 3; Sab, ap. Callistr., *eod.*, 4 pr. ; Serv., Ofil., Lab., 2, 3.

(7) C'est là une particularité du droit romain. Tandis qu'en droit moderne, le capitaine a seulement le devoir de provoquer la répartition des pertes et des dommages par les soins des experts commis à cet effet, à Rome, c'est lui qui faisait la liquidation. De ce que les actions données au capitaine ou contre lui sont les actions résultant du louage, faut-il en conclure que les droits réciproques du capitaine et des chargeurs

III

LE MANDAT.

I. Notion du mandat. — Le mandat, dont l'histoire a été exposée t. Ier, p. 649, a reçu le caractère de contrat au plus tard au commencement du VIIIe siècle (1). Il est peu de contrats dont la théorie ait subi plus de fluctuations. Au IIe siècle, on peut définir le mandat un contrat par lequel une personne charge une autre qui accepte (2) de lui rendre gratuitement (3) un service (*officium*). Mais aux derniers siècles de la République le mandat n'avait encore qu'une portée restreinte ; il s'appliquait au cas où un chef de famille (4), ne pouvant faire un acte par lui-même, par son fils ou son esclave, chargeait un ami (5) de l'accomplir. On étendit ensuite le mandat au cas où les créanciers d'un insolvable, après avoir obtenu l'envoi en possession des biens de leur débiteur, chargeaient l'un d'entre eux de procéder à la vente, comme *magister bonorum* (6) ; on traita également comme un mandataire celui qui avait cautionné la dette d'autrui à titre de fidéjusseur (7).

dérivent du contrat de transport? Cette conclusion conduirait à des conséquences démenties par les textes. Il faudrait dire par exemple que le *magister* est débiteur envers chacun des chargeurs de la somme qui lui revient dans la liquidation, et par suite qu'il est responsable de l'insolvabilité de l'un d'entre eux, ce qui n'est pas exact (Paul, *eod.*, 2, 6). Le capitaine n'est tenu qu'à user du droit de rétention sur les marchandises qui se trouvent sur le navire et qui appartiennent aux chargeurs soumis à la contribution (Serv., ap. Paul, *eod.*, 2 pr.). Si la jurisprudence a utilisé les actions *locati conducti*, c'est qu'en raison de leur caractère de bonne foi, elles fournissaient un moyen commode pour régler la situation nouvelle résultant de l'avarie commune : en réalité elles ont été étendues en dehors de leur sphère normale d'application. Cf. Goldschmidt, *Lex Rhodia*, *Zeits. f. Handelsrecht*, 1888.

(1) L'action *mandati* est citée dans la loi municipale de J. César et dans le fragment d'Este. Sur la date de cette dernière loi, cf. Appleton, *Rev. gén. de droit*, 1900, p. 214.

(2) Paul, 32 ad. Sab., D. XVII, 1, 22, 11.

(3) Jav., 7 ex Cass., D., XVII, 1, 36, 1 ; Paul, *eod.*, 1, 4 ; Ulp., D., XI, 6, 1 pr. : *Operam beneficii loco præbere*. En cela le mandat différait du louage.

(4) Dès le temps de Labéon, le fils de famille et l esclave administrateurs d'un pécule peuvent constituer un mandataire (ap. Ulp., 9 ad Ed., D., III, 3, 33 pr. Cf. Jul., ap. Ulp., 8 ad Ed., *eod.*, 8 pr.).

(5) Cic., *p. Rosc.* 38 : *Quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in his operæ nostræ vicaria fides amicorum supponitur*. Cf. t. Ier, 649, 5.

(6) Treb., Ofil., Lab., ap. Paul, *h. t.*, 22, 10. Le texte ne parle que du *curator*, parce que la procédure de la *bonorum venditio* n'existait plus sous Justinien. L'original devait porter : *magister bonorum curatorve ejus*. Cf. loi agraire de 643 : *C. I. L.*, I, 200, 57.

(7) L'existence d'un recours au profit du fidéjusseur est certaine au temps de Q. Mucius (Cels., *eod.*, 48). Mais ce recours s'exerçait peut-être au moyen d'une action *in factum* (I, 651, 5). L'action de mandat apparaît dans Jav., 9 ex Cass., *eod.*, 51 ; Jul., *eod.*, 33 et 37 ; Cels., 38 Dig., *eod.*, 50.

A cette époque le mandat était toujours spécial (1) : il était distinct de la procuratelle qui s'appliquait à l'ensemble des biens d'un absent (I, 594) et pouvait avoir lieu sans mandat. Lorsque la procuratelle était exercée en vertu d'un mandat, elle était sanctionnée par l'action de mandat et traitée comme un contrat (2). Enfin, au début du IIe siècle, la procuratelle cessa d'avoir une existence distincte : on la fit rentrer dans le mandat (3) ou dans la gestion d'affaires suivant que l'administration des biens d'un absent avait eu lieu avec ou sans mandat (4). Le nom de *procurator* fut réservé au mandataire, et malgré quelques résistances (I, 574, 7), cette opinion a prévalu (5). Dès lors le mandat fut général ou spécial (6).

Le mandat général peut être constitué par une personne présente aussi bien que par un absent (7). Le mandat spécial peut avoir pour objet tout service ayant un intérêt pécuniaire pour le mandant (8), pourvu qu'il soit rendu à titre gratuit. Ce service consiste ordinairement en un acte relatif à l'administration du patrimoine, soit un acte juridique (mandat de vendre, d'acheter (9), de payer, de prêter, d'emprunter (10), de faire adition d'hérédité (11), etc., soit un acte de procédure (*procura-*

(1) Sabinus (D., XVII, 2, 38 pr.) classe l'action *mandati* parmi les *judicia specialia*.

(2) Lab., ap. Ulp., 31 ad Ed., *h. t.*, 8 pr.

(3) Nerat., ap. Ulp., 1 ad Ed. æd., D., XXI, 1, 25, 3 : *Neratius procuratorem hic eum accipiendum ait, non quemlibet, sed qui universa negotia, aut id ipsum, propter quod deterius factum sit, mandatum est.*

(4) Gaius, 5 Aur. D., XLIV, 7, 5 pr.

(5) Ulp., 9 ad Ed., D., III, 3, 1 pr. : *Procurator est qui aliena negotia mandatu administrat.*

(6) *Ibid. Procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest... quamvis quidam... non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse... Sed verius est, eum quoque procuratorem esse : qui ad unam rem datus sit.* Cf. Paul, I, 3, 3.

(7) Ulp., 7 ad Ed., D., III, 3, 5 et 7 ; Papyrus de Berlin nº 300, de l'an 148.

(8) On ne considérera pas comme tel le mandat *quærendi mariti filiæfamilias* dont parle Papinien (4 Resp., D., XXIII, 2, 34 pr.). Le mandat dans l'intérêt d'un tiers, est nul en principe ; mais s'il peut être considéré comme un acte de gestion d'affaires, il sera valable dès que le mandataire se sera immiscé dans les affaires du tiers : dès ce moment le mandant a intérêt à l'exécution du mandat en raison de sa responsabilité vis-à-vis du tiers (Gaius, *h. t.*, 2 ; Cels., ap. Ulp., 6, 4 ; Ulp. 8, 3 et 6). — Le mandat dans l'intérêt exclusif du mandataire est un simple conseil (Serv., ap. Gaius, III, 156) ; il n'engendre aucune obligation, à moins que le mandant n'ait pris la responsabilité du conseil qu'il a donné (Ulp., *eod.*, 12, 13 : *Si cum dubitarem utrum contra Sc. acciperet, an non... intercesserit qui diceret non accipere contra Sc. et* periculo meo crede, *dicat*, bene credis, *arbitror locum esse mandato, et mandati eum teneri*). — Le mandat qui a été donné frauduleusement, pour nuire au mandataire, engendre une obligation délictuelle sanctionnée par l'action de dol (Ulp., 30, 31 ad Ed., D., L, 17, 47 pr. ; D., XVII, 1, 10, 7 *in fine*).

(9) Gaius, 10 ad Ed. prov., D., XVIII, 1, 35, 3 ; Jav., D., XVII, 1, 36, 1, 3.

(10) Paul, *eod.*, 45, 4 ; Sab., ap. Ulp., *eod.*, 10, 8 ; Pap., D., III, 5, 31 pr.

(11) Cels., ap. Ulp., D., XLIV, 4, 4 pr. ; Jul., 3 ad Urs. Fer., *h. t.*, 32.

tio ad litem (1). Il peut même consister en un acte matériel qui ferait l'objet d'un louage s'il n'était gratuit (2). Les effets des contrats conclus par un mandataire ont été indiqués p. 341.

On a rattaché au mandat le *mandatum pecuniæ credendæ* qui est un mode de cautionnement et le mandat *in rem suam*, l'un des procédés imaginés pour céder les créances; ce mandat, encore inconnu à la fin de la République (3), était usité au milieu du Ier siècle (4) : le cessionnaire est chargé d'exercer l'action du cédant et dispensé de rendre compte.

Le mandat est un contrat gratuit : un service d'ami ne peut donner lieu à un salaire ; ce serait l'avilir. Mais on peut promettre des honoraires sans dénaturer le mandat (5). Le mot *honorarium* désigne la rémunération de tous les services qui ne font pas l'objet d'un louage (6). Cette rémunération n'a pas le caractère d'un payement : c'est une façon d'honorer une personne à qui nous devons moins un service qu'un bienfait (7). Aussi ne peut-on réclamer les honoraires par les voies ordinaires de la procédure : au lieu de l'action *mandati*, on a recours à une *persecutio extra ordinem* (8).

Les honoraires servent à compenser un préjudice (9); ils peuvent être accordés par le juge, lorsqu'ils n'ont pas été pro-

(1) PAUL, I, 3, 2 ; 3 ad Ed., D., II, 14, 13 pr. ; POMP., D., III, 3, 62.
(2) GAIUS, 10 ad Ed. prov., D., XIX, 5, 22.
(3) OFIL., ap. ULP., 76 ad Ed., D., XLIV, 4, 4, 6.
(4) PLAUT., ap. PAUL, D., III, 3, 61.
(5) La notion d'honoraires s'applique à quatre classes de personnes : 1° à celles qui rendent un service gratuit, mais que l'on indemnise parfois des dépenses et de la perte de temps que leur causent les soins donnés aux affaires d'autrui : mandataires, tuteurs, dépositaires; 2° aux personnes exerçant une profession libérale : *mensores*, avocats, professeurs, médecins ; 3° aux nourrices pendant la durée de l'allaitement; 4° aux fonctionnaires. Le trait commun de leur situation, c'est que le service à rémunérer n'est pas rendu dans une pensée de spéculation. Le médecin, l'avocat n'entend pas réaliser un gain, faire une bonne affaire en soignant un malade, en plaidant pour autrui. Mais à côté de ce caractère commun, il y a des raisons particulières à chaque classe de personnes : on ne peut assimiler par exemple ceux pour qui les honoraires sont un moyen d'existence et ceux qui les reçoivent à titre exceptionnel, comme un tuteur ou un dépositaire. Cf. notre article HONORARIUM (*Dict. des Antiq.*, V, 241-243).
(6) ULP., 31 ad Ed., D., XVII, 1, 6 pr. La question n'est pas purement théorique : le mandat est révocable, le louage de services ne l'est pas. Le mandant qui, ayant subi des revers de fortune, trouverait trop onéreux de continuer à payer des honoraires à son mandataire, pourra le remercier. Le *locator operarum* ne peut être congédié sans indemnité (p. 430, 6).
(7) ULP., 24 ad Ed., D., XI, 6, 1 pr. : *Nec crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse ; sed magis operam beneficii loco præberi, et id quod datur ei ad remunerandum dari et inde honorarium appellari.*
(8) PAP., *h. t.*, 7 ; SEV., CARAC., C., IV, 35, 1. Cf. ULP., D., L, 13, 1.
(9) JAV., 36, 1 : *Non etiam tu ad idem dispendium deduceris*... Cf. CALLISTR., 4 de cogn., D., XXVI, 7, 33, 3.

mis d'avance (1). L'indemnité, attribuée au mandataire à titre d'honoraires, s'applique soit à la perte qu'il a faite en sacrifiant une partie de son temps dans l'intérêt du mandant (*laboris remuneratio* (2), soit aux dépenses qu'il a dû faire (3).

II. Obligations résultant du mandat. — Le mandat est un contrat synallagmatique imparfait : il oblige directement le mandataire, éventuellement le mandant. Les obligations du mandataire sont sanctionnées par l'action *mandati directa,* celles du mandant par l'action *mandati contraria* (4).

1° Le mandataire est tenu de rendre le service qu'il a promis et de se conformer aux instructions qu'il a reçues. Il ne peut s'en écarter, même si l'affaire qu'il voudrait conclure était plus avantageuse que celle dont il est chargé (5). Il peut toutefois se substituer un tiers pour remplir le mandat à sa place, sauf convention contraire ou lorsqu'il s'agit d'un mandat *ad agendum* (6).

Le mandataire doit rendre compte de l'exécution du mandat et remettre au mandant tout ce qu'il a reçu (7).

Il répond de toute faute commise dans l'exécution du mandat : il doit se comporter en bon père de famille (8).

2° Le mandant est tenu de rembourser au mandataire tout ce qui a été dépensé de bonne foi pour l'exécution du mandat, alors même que le mandant aurait pu le faire à moindres frais. Il doit également rembourser les intérêts des sommes avancées par le mandataire (9). Enfin il doit décharger le mandataire de toutes les obligations qu'il a contractées ; mais il

(1) Mela, ap. Paul, D., XVII, 1, 26, 8. Cf. Sev., Anton., C., IV, 35, 1.

(2) Pap., 3 Resp., D., XVII, 1, 7 ; Ulp., 32 ad Ed., *eod.*, 6 pr.

(3) Ulp., *eod.*, 10, 9 : *Sed et si ad vecturas suas, dum excurrit in prædia, sumptum fecit, puto hos quoque sumptus reputare eum oportere, nisi si salariarius fuit, et hoc convenit ut sumptus de suo faceret ad hæc itinera, hoc est de salario.* A défaut de cette convention, le mandataire a toujours l'action *mandati contraria* pour ses déboursés. (Sev., Car., *l. c.*) ; mais on ne saurait y comprendre la somme qui lui est allouée pour subvenir à ses besoins lorsqu'il est sans ressources (Ner., D., XXXVIII, 1, 50, 1).

(4) Conféré par un fils de famille, le mandat donne lieu à une action utile (p. 121, 8) ; exercé par lui, il est sanctionné par une action *in factum* (Ulp., *h. t.*, 12, 6).

(5) Paul, 32 ad Ed., *eod.*, 5 pr., 1-2. Le mandataire a plus de latitude lorsque le mandat est *incertum* ou *plurium causarum* (Paul, 74 ad Ed., *eod.*, 46).

(6) Ulp., *eod.*, 8, 3.

(7) Gaius, 3 ad Ed. prov., D., III, 3, 46, 4 ; Paul, 11 ad Sab., D., XVII, 1, 20 pr. ; Ulp., 31 ad Ed., *eod.*, 10, 3.

(8) T. Ier, 650, 1 ; Ulp., 29 ad Sab., D., L, 17, 23 ; Diocl., C., IV, 35, 11 et 13. Anciennement le mandataire n'était tenu, comme le dépositaire, que de son dol et de sa faute lourde. Cette opinion, que l'on retrouve dans Modestin (2 Differ. *Coll. leg.*, X, 2, 3), n'a pas prévalu.

(9) Gaius, *h. t.*, 27, 4 ; Ulp., 31 ad Ed., *eod.*, 12, 9 : *Ut est constitutum totum hoc ex æquo et bono judex arbitrabitur.*

n'est pas responsable des pertes subies par le mandataire et provenant d'un cas de force majeure (1).

Le mandataire a-t-il un recours lorsqu'il a dépassé ses instructions, par exemple en achetant un objet plus cher que ne le voulait le mandant? Les Sabiniens l'ont contesté : on ne peut, suivant eux, se prévaloir d'un mandat dont on n'a pas tenu compte (2). Proculus fit prévaloir une opinion plus bienveillante : le mandataire aura un recours, mais seulement pour la somme fixée par le mandant (3).

III. Extinction du mandat. — Le mandat s'éteint 1° lorsqu'il a été exécuté, ou lorsque son exécution est devenue impossible; 2° à l'échéance du terme fixé dans le contrat : en cela il ressemble à la société; 3° le mandat ayant, comme la société, sa raison d'être dans les relations personnelles des contractants s'éteint, au gré de chacune des parties, par la révocation du mandant ou par la renonciation du mandataire : *a*) la révocation ne produit son effet qu'à partir du moment où le mandataire en a connaissance : les actes accomplis antérieurement par le mandataire donnent lieu à son profit à l'action *mandati contraria* (4); de même les payements faits de bonne foi entre ses mains sont valables (5). *b*) La renonciation du mandataire doit, à moins qu'il n'ait une juste cause d'excuse, être notifiée au mandant pour qu'il prenne ses mesures en conséquence. Elle engage la responsabilité du mandataire si elle est frauduleuse ou intempestive (6). 4° Le mandat s'éteint à la mort du mandant ou du mandataire (7). Toutefois la mort du mandant, comme la révocation, n'éteint son obligation qu'à partir du moment où le mandataire en a connaissance. Cette règle souffre exception dans les cas où l'acte dont le mandataire est chargé ne peut s'accomplir qu'après la mort du mandant (8).

(1) Paul, 5 ad Plaut., *eod.*, 45 pr., 2-5; 32 ad Ed., *eod.*, 26, 6.

(2) Sab., Cass., ap. Gaium, III, 161; Paul, 32 ad Sab., D., XVII, 1, 3, 2; 5 pr.

(3) Gaius, 2 Aur., *eod.*, 4; Jul., 4 ad Minic., *eod.*, 33. Cf. Lenel, I, 487, 5; Riccobono, *Bull. d. Inst.*, VII, 230.

(4) Paul, 2 ad Sab., *eod.*, 15.

(5) Jul., 54 Dig., D., XLVI, 3, 34, 3; Ulp., 30 ad Sab., *eod.*, 12, 2.

(6) Mela, ap. Paul, *h. t.*, 22, 11; Herm., 2 jur. ep., *eod.*, 25.

(7) L'extinction du contrat ne fait pas obstacle à la transmission aux héritiers des actions qui ont pris naissance du vivant de leur auteur (I, 700, 2).

(8) Jul., ap. Paul, *eod.*, 26 pr.; Marcel., ap. Ulp., *eod.*, 12, 17; Gaius, *eod.*, 13. Il s'agit d'actes qui sont susceptibles de donner lieu à un recours du vivant du mandant, sans quoi l'obligation ne prendrait naissance qu'en la personne de l'héritier et serait frappée de nullité (t. I[er], p. 695, 3).

IV

LA SOCIÉTÉ.

I. Notion du contrat de société. — La société suppose que deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun en vue d'atteindre un but licite et pour en retirer un avantage réciproque. — Pendant plus d'un siècle, la société fut une convention sans caractère juridique (I, 653-663) : elle est devenue un contrat de bonne foi vers la fin de la République (1). Ce contrat se présente sous des aspects divers : la pratique a imaginé les combinaisons les plus variées quant à l'objet de la société, quant aux apports ou à la répartition des bénéfices et des pertes; la jurisprudence a résolu les questions multiples qu'elles soulèvent dans le sens le plus favorable à la liberté des conventions.

Pour la formation du contrat de société, quatre conditions sont requises :

1° Une convention, expresse ou tacite, pure et simple ou conditionnelle, avec ou sans terme (2). Sans convention, il peut y avoir communauté ou indivision (par exemple entre cohéritiers), il n'y a pas société (3). Cette convention doit être faite avec la volonté réciproque de s'associer (*animus contrahendæ societatis* (4). La considération de la personne joue ici un rôle prépondérant. De là, deux conséquences : *a*) La mort de l'un des associés entraîne la dissolution du contrat (I, 657, 1); *b*) l'un des associés ne peut, par un acte de sa seule volonté, introduire un tiers dans la société. Mais il peut, pour sa part sociale, prendre un sous-associé. Celui-ci restera toujours étranger à la société originaire, car *socii mei socius meus socius non est*. De même, il peut céder sa part dans la société, mais cet acte est sans effet à l'égard de ses coassociés (5).

2° Un apport commun. Si l'une des parties ne fait pas d'apport, le contrat est nul. Si elle en est dispensée, il y a donation et non société. L'apport consiste ordinairement en une chose

(1) L'action *pro socio* est citée dans la loi municipale de J. César (*C. I. L.*, I, 206, l. 111). Cf. Lab., ap. Pomp., D., XVII, 2, 60, 1 ; ap. Paul, *eod.*, 65, 5. Alfenus (ap. Paul, *eod.*, 71 pr.) parle d'un *pactum conventum de societate factum* qui donne lieu à l'*actio societatis*.

(2) Mod., 3 Reg., *eod.*, 4; P. 363, 1; Paul, 32 ad Ed., D., XVII, 2, 1 pr. : *Societas coiri potest in perpetuum id est dum vivunt*. Cf. Ulp., *eod.*, 70.

(3) Ulp., *eod.*, 31 et 32.

(4) Ulp., *eod.*, 44. Cf. t. I[er], p. 663, 2.

(5) Ulp., *eod.*, 19 et 20; Gaius, *eod.*, 68 pr. Cf. Paul, *eod.*, 17 pr.

corporelle ou incorporelle ayant une valeur pécuniaire. Il peut aussi consister en services, industrie ou crédit (1).

3° Un but licite. Sont nulles les sociétés qui ont une cause immorale (2). Le but de la société est ordinairement un but de spéculation (3); mais il n'y a là rien d'essentiel. Les Romains ont été très larges dans la conception de ce contrat : ils n'en ont pas réservé l'usage aux spéculateurs (4). Ils l'ont rendu accessible à ceux qui poursuivent un but d'assistance mutuelle, de bienfaisance ou autre semblable, ou même d'agrément (5); ici la société a pour résultat de procurer aux associés des avantages qu'ils ne pourraient obtenir isolément sans faire des sacrifices pécuniaires supérieurs à la valeur de leur apport (6). Telle est la société de tous biens (I, 658-662).

4° Un avantage réciproque. Entre associés, tout doit être commun, bénéfices et pertes; mais il n'y a lieu de répartir les bénéfices qu'après avoir déduit les dettes (7). Anciennement la répartition des bénéfices et des pertes devait se faire également entre tous les associés. Depuis le temps de Cicéron, les parties sont libres de fixer une proportion différente (8). Le contrat de société acquit dès lors une souplesse qui lui assura un rapide développement.

L'égalité de droits des associés est donc la règle, à moins de clause contraire. La règle n'a rien d'inique; elle suppose que les associés ont reconnu tacitement l'équivalence de leurs apports respectifs. La clause contraire est admise lorsqu'un des associés a fait un apport supérieur à celui de ses coassociés, soit en

(1) Ulp., *eod.*, 5, 2; Proc., 5 *Ep.*, *eod.*, 80. Cf. t. Ier, p. 663, 1.
(2) Pomp., ap. Ulp., 30 ad Sab., *eod.*, 57.
(3) Les sociétés de spéculation peuvent avoir pour objet : 1° Une affaire déterminée : vente d'un quadrige (Cels., ap. Ulp., *eod.*, 58 pr.), d'une pierre précieuse (Ulp., *eod.*, 44); 2° un genre d'affaires spécial : banque (*Societas argentariorum*, t. Ier, 487, 6; 655, 2-3), ferme des impôts (*Societas publicanorum*, t. Ier, 655, 5-6), armement (*Societas exercitoria :* Ulp., D., XIV, 2, 1, 25), exploitation d'un magasin (*Societas tabernæ :* Ulp., D., XIV, 3, 13, 2); société formée entre les copropriétaires d'un esclave administrateur d'un pécule (Gaius, D., XV, 1, 27, 8); société qui a pour objet le commerce de marchandises confiées à l'esclave d'autrui (Paul, D., XIV, 3, 14); commerce d'esclaves (*Societas venaliciorum :* t. Ier. 608; cf. Paul, D., XXI, 1, 44, 1), de sayons (*Societas sagaria :* Ulp., D., XVII, 2, 52, 4), enseignement de la grammaire (*Societas ad grammaticam docendam :* Alf., *eod.*, 71 pr.); 3° Tous les gains que les associés pourront retirer d'opérations quelconques à titre onéreux (Ulp., *eod.*, 7 et 9; Q. Muc., *eod.*, 11). Dans le doute, on présume que les associés ont voulu former une société de tous gains (Ulp., *eod.*, 7).
(4) Il en est autrement en droit français : C. civ., 1832.
(5) Mela, ap. Ulp., 31 ad Ed., *eod.*, 52, 13 *in fine*.
(6) Cass., ap. Ulp., 31 ad Ed., *eod.*, 52, 12.
(7) Proc., ap. Paul, *eod.*, 67 pr.; Serv., ap. Paul, 6 ad Sab., *eod.*, 30.
(8) Serv., ap. Gaium, III, 149. Elles peuvent aussi s'en remettre à l'arbitrage d'un tiers (Cels., 15 Dig., *eod.*, 75; Proc., *eod.*, 78. Cf. Paul, *eod.*, 79).

argent, soit en services ou de toute autre manière. On peut même convenir que l'un des associés ne supportera pas les pertes s'il a fait un apport très supérieur à celui de ses coassociés : c'est une façon de rétablir entre eux l'égalité (1). Mais on ne peut, à peine de nullité, refuser à l'un des contractants de participer aux avantages de la société, les pertes restant à sa charge : ce serait une société *léonine* (2).

II. Obligations des associés. — 1° Chaque associé est tenu d'effectuer son apport. Il emploie à cet effet les modes appropriés suivant qu'il a promis un droit réel ou un droit de créance (3). L'apport d'une industrie se réalise par l'exécution des travaux promis (4).

Lorsque l'apport consiste en choses corporelles, il faut rechercher si l'on a entendu mettre en commun la propriété ou la jouissance (5). Dans le doute, on présume l'apport en propriété pour les choses qui se consomment par le premier usage, l'apport en jouissance pour les autres.

2° Chaque associé peut conclure tous actes se rapportant au but social : il n'a pas besoin de justifier d'un mandat, mais il doit s'arrêter devant l'opposition d'un de ses coassociés (6). Cette faculté de gérer les affaires de la société entraîne pour celui qui en a fait usage l'obligation de rendre des comptes : il est tenu de faire profiter ses coassociés de tout ce qu'il a acquis (7); mais il a droit corrélativement à se faire indemniser des obligations qu'il a contractées, de ses déboursés et des pertes qu'il a subies (8).

(1) Ulp., *eod.*, 29 pr.; Sab., Cass., ap. Ulp., *eod.*, 29, 1.

(2) Du nom d'une fable d'Esope imitée par Phèdre (I, 45. Cf. Cass., *h. t.*, 29, 2).

(3) Arg. Gaius, 10 ad Ed. prov., *eod.*, 2; Paul, *eod.*, 3 pr. Par exception, dans la société de tous biens, on n'exige aucune formalité (t. Ier, p. 660).

(4) Paul, 3 ep. Alf., Dig., *eod.*, 71 pr.

(5) T. Ier, 660, 4. Cels., ap. Ulp., *eod.*, 58, 2; Jul., ap. Ulp., D., XIX, 5, 13, 1. Cette distinction est importante quant à la garantie et quant aux risques : 1° Si l'apport est en propriété, on applique à l'associé les règles de la garantie contre l'éviction dans la vente; si l'apport est en jouissance, les règles de la garantie dans le louage. L'associé doit aussi garantir son apport contre les vices cachés, c'est pour lui une question de bonne foi; l'édit des édiles n'est pas ici applicable. 2° Les risques sont à la charge de la société si l'apport a pour objet la propriété d'un corps certain : l'associé débiteur est traité comme un vendeur. Si l'apport est en jouissance, l'associé débiteur supporte les risques : l'objet de son obligation est successif comme celui du locateur. Mais comme la société ne peut plus fonctionner normalement, la perte fortuite est ici une cause de dissolution de la société. Enfin, si l'apport a pour objet une quantité, les risques sont pour la société si l'apport a été réalisé, sinon pour l'associé.

(6) Sab., ap. Pap., 7 Quæst., D., X, 3, 28; Paul, 32 ad Ed., D., XII, 1, 16.

(7) Proc., ap. Paul, 6 ad Sab., D., XVII, 2, 38, 1; Jul., ap. Ulp., 31 ad Ed., *eod.*, 52 pr.; Paul, 32 et 62 ad Ed., *eod.*, 67 pr., 1; 74.

(8) Cass., ap. Ulp., *eod.*, 52, 12; Ulp., *eod.*, 52, 15. Julien (ap. Ulp., *eod.*,

3° L'associé est responsable de son dol et de sa faute *in concreto* (1).

III. Rapports des associés avec les tiers. — A l'égard des tiers, la société, comme tous les contrats, est sans effet. Elle ne forme pas (à l'exception de la société *vectigalis*) une personne juridique. Ce sont les associés pris individuellement qui peuvent acquérir des droits contre les tiers ou être obligés envers eux. Pour les tiers, il n'y a ni société ni associés : il n'y a que des individus. Les associés, qui ont contracté ensemble avec un tiers, seront tous créanciers ou débiteurs, chacun pour sa part virile (2), sauf convention contraire (3). L'associé qui a traité seul, devient seul créancier ou débiteur; mais si l'argent a été versé dans la caisse commune, le tiers aura une action *de in rem verso* utile contre les autres associés (p. 338, 6).

Par exception, il y a des cas où les associés sont solidairement responsables des engagements pris au nom de la société : les banquiers qui s'obligent *litteris* (4), les armateurs d'un navire (p. 335), les copropriétaires d'un esclave administrateur d'un pécule (p. 132, 9), les préposants d'un *institor* (p. 337, 2). Le tiers qui contracte ne connaît souvent qu'un seul banquier, armateur ou préposant; il ne traiterait peut-être pas s'il devait diviser son action entre plusieurs personnes qui lui sont inconnues. Par une clause spéciale de l'édit des édiles, l'acheteur qui traite avec des marchands d'esclaves associés peut exercer les actions édilitiennes contre un seul pour le tout (5).

IV. Dissolution de la société. — La société se dissout, conformément au droit commun, par tout événement qui rend impossible la réalisation du but social (perte fortuite ou confiscation des apports, *bonorum venditio*) (6), à l'expiration du terme fixé ou à l'événement de la condition. La société *unius rei* prend fin lorsque l'opération en vue de laquelle elle a été contractée est achevée.

Il y a en outre des modes d'extinction propres au contrat de

52, 4) autorise l'associé, qui a été blessé en agissant pour la société, à se faire rembourser les honoraires du médecin. Labéon était d'un avis différent : *quia id non in societatem, quamvis propter societatem, impensum sit* (ap. Pomp., 13 ad Sab., *eod.*, D., 60, 1). Cette distinction subtile n'a pas prévalu.

(1) Cette atténuation à la responsabilité de droit commun fut admise au commencement du II[e] siècle (Gaius, 2 Aur., *eod.*, 72).

(2) Paul, 16 Resp., D., XLII, 1, 43.

(3) Cette convention est sous-entendue lorsque les associés ont fait connaître aux tiers leurs parts sociales (Ulp., D., XIV, 1, 4 pr. ; Paul, D., XXI, 1, 44, 1).

(4) T. I[er], 487, 6. Cf. Lab., Proc., ap. Paul, 3 ad Ed., D., II, 14, 27 pr.

(5) Paul, 2 ad Ed. æd., D., XXI, 1, 44, 1.

(6) Lab., ap. Ulp., D., XVII, 2, 65, 1 ; Gaius, III, 154; Ulp., *eod.*, 63, 10.

société. Ce sont des conséquences du principe que ce contrat se forme *intuitu personæ*. La société se dissout :

1° D'un commun accord entre les associés ; 2° par une renonciation unilatérale. Chaque associé est libre de se retirer lorsqu'il n'a plus confiance en ses coassociés (1), mais sa responsabilité est engagée s'il fait une renonciation intempestive, frauduleuse ou non motivée (2). 3° Au décès de l'un des contractants (3). La mort de l'un des contractants ne doit ni profiter ni nuire aux autres ; elle ne doit pas non plus enlever à ses héritiers le droit à sa part dans les bénéfices, ni le dispenser de supporter sa part dans les dettes. L'héritier est également tenu d'achever ce qui a été commencé par son auteur (4). 4° Par la *capitis diminutio* (I, 657, 2 ; II, 75, 3) (5).

V. Liquidation et partage de la société. — La dissolution de la société met fin aux opérations ; elle ne dispense pas les associés d'exécuter leurs engagements. Tant qu'ils n'auront pas accompli leurs obligations, ils resteront en communauté. Pour mettre fin à cet état d'indivision, il faut procéder à la liquidation et au partage.

La liquidation a pour but de déterminer l'actif net de la société. On recouvre les créances, on vend les marchandises, on paye les dettes : en un mot, on dégage l'actif brut des dettes qui en sont la charge. On fixe ensuite les droits de chaque associé, et l'on partage la masse commune.

Pour faire opérer la liquidation, les associés ont l'action *pro socio* (6) ; pour obtenir le partage, l'action *communi dividundo* (7).

(1) Paul, *eod.*, 65, 3 ; Ulp., 14 : *Si ita injuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati.*

(2) Lab., ap. Paul, *eod.*, 65, 5 ; Cass., 65, 3 ; Paul, 65, 6.

(3) Les sociétés *vectigales* échappent à cette règle dont l'application eut compromis les intérêts de l'État. Sous Justinien, on peut convenir que la société continuera entre les survivants (*Inst.*, III, 25, 3). Un texte de Paul (65, 9) donnerait à penser que cette clause était permise de son temps, mais il a été peut-être interpolé.

(4) Lab., ap. Paul, *eod.*, 65, 2 ; Pomp., 17 ad Sab., *eod.*, 40.

(5) Sous Justinien, la *minima c. d.* n'entraîne plus extinction de la société.

(6) D'après Sabinus (ap. Paul, 6 ad Sab., *h. t.*, 38 pr.), l'action *pro socio* est un *judicium generale* : elle a pour objet de régler l'ensemble des rapports entre associés. D'où il suit : 1° Qu'en principe elle ne peut être exercée que lorsque le but social est atteint, après la dissolution de la société (Paul, 32 ad Ed., *h. t.*, 65, 15) ; 2° que pour liquider les droits de tous les associés, une seule instance suffit (Ulp., 31 ad Ed., *h. t.*, 52, 14) ; 3° que le seul fait d'exercer l'action *pro socio*, manifeste la volonté d'un associé de ne plus être en société. Voir deux autres particularités de cette action, t. Ier, p. 657, 1 ; 661, 1-2.

(7) Cette action confère au juge le pouvoir, soit d'attribuer la chose commune à l'un des associés à charge de payer une soulte aux autres, soit, si la chose peut être divisée en nature, d'attribuer une part à chacun. Dans ce dernier cas, le partage produit l'effet d'un échange. — Bien que l'action *c. d.* ne soit pas spéciale à la société,

La distinction de ces deux actions n'a pas été rigoureusement maintenue : on permit d'exercer l'action *pro socio* durant la société pour réclamer des prestations isolées (1); l'action *communi dividundo* pour faire valoir les obligations résultant de la communauté à la charge des communistes (2).

VI. Sociétés de publicains. — Ces sociétés forment une catégorie à part (I, 655) : 1° On les rapproche des municipes, des collèges, des décuries; il leur est permis de se constituer en corporations (3), et dans ce cas elles ont un patrimoine commun (4), des représentants (*actor*, *syndicus*) (5). 2° L'administration est en principe confiée à un *magister* qui peut être l'un des associés. Les actes de cet administrateur profitent ou nuisent à la société (6). 3° Les sociétés de publicains, comme nos sociétés en commandite, comprennent deux sortes de membres : des associés et des participants (7). Ceux-ci sont de simples bailleurs de

il est vraisemblable qu'elle a été créée à l'occasion de ce contrat. Paul (D., X, 3, 1) le donne à entendre, et cela résulte aussi de ce qu'elle avait, sauf exception, pour objet le partage de tous les biens indivis entre les parties, et non d'une chose isolée (Ulp., *eod.*, 13).

(1) Dès lors l'exercice de l'action n'entraîne la dissolution de la société que s'il est démontré que telle est la volonté du demandeur (Proc., ap. Paul, *h. t.*, 65 pr.).

(2) D'après Lenel (*E. P.*, I, 239), la formule contenait une clause relative à ces obligations : *Et si quid in his damni datum factumve est sive quid eo nomine aut abest alicui sociorum aut ad eum pervenit ex re communi* (Ulp., X, 3, 3 pr.). Chacun des communistes est tenu de respecter le droit égal des autres. L'action *c. d.* peut donc être exercée soit pour faire reconnaître ce droit, soit pour forcer l'un des communistes à contribuer aux dépenses nécessaires à l'entretien de la chose commune.

(3) P. 176, 4. Cf. Ulp., 39 ad Ed., D., XXXVII, 1, 3, 4.

(4) Ce patrimoine comprend une caisse commune (Cic., *p. Quinct.*, 3, 12), les livres de caisse (Cic., *in Verr.*, II, 74, 121; Lab., ap. Ulp., D., XLVII, 2, 31, 1), la correspondance (Cic., III, 71, 168), des esclaves (*familia publicanorum*, p. 344, 7). La société a des créances et des dettes (Cic., *in Verr.*, III, 70, 165 ; 71, 167 ; 72, 169 ; Lab., *l. c.*). Elle peut posséder et usucaper (Ulp., D., X, 4, 7. 3); obtenir la *bonorum possessio* (Ulp. D., XXXVII, 1, 3, 4).

(5) Les sociétés de publicains forment-elles une personne juridique? La question est discutée. Si les textes précis font défaut (Florent., 8 *Inst.*, D., XLVI, 1, 22), c'est que la notion de la personne juridique a été dégagée à une époque où l'Etat avait en bien des cas substitué le système de la régie à celui de la ferme des impôts. Après Marc-Aurèle on ne trouve plus dans les inscriptions la trace des sociétés de publicains (Cagnat, *Impôts indirects*, 89, 9). Quoi qu'il en soit, ces sociétés diffèrent à plusieurs égards des personnes juridiques : 1° Elles ont pour fondement un contrat et non des statuts ; 2° elles ont pour but de réaliser des bénéfices; 3° elles ont en droit, sinon en fait, une durée limitée ; 4° ces bénéfices ne sont pas affectés à un but d'utilité générale, mais doivent grossir le patrimoine des associés ; 5° les parts des associés sont aliénables. La forme corporative de ces sociétés est sans doute une survivance de l'époque antique, où le contrat de société n'était pas encore consacré par la loi. Cf. Voigt, I, 807 ; II, 330 ; Kniep, *Societas publicanorum*, 258.

(6) Cic., *p. Planc.*, 13, 32 ; *ad fam.*, XIII, 9, 2 ; Ulp , 4 ad Ed., D., II, 14, 14. Il y avait parfois plusieurs *magistri* (Cic., *in Verr.*, III, 71 ; Paul, 5 Sent., D., XXXIX, 4, 9, 4).

(7) Liv., XXXIV, 16, 2 : *Socius, adfinis* ; Ps. Asc. ad Cic., *in Verr.*, I, 55, 148 (Or., 197) : *socius*, *particeps*.

fonds (1); ils restent étrangers à l'administration (2). 4° La mort d'un participant n'entraîne pas la dissolution de la société ; il en est de même de la mort d'un associé, à moins que sa présence ne soit indispensable pour l'administration de la société (3). 5° Les associés ou les participants peuvent vendre leur part sociale (4).

CHAPITRE VI

Contrats innomés.

I. Notion et histoire des contrats innomés. — La jurisprudence classique traite comme des contrats certains pactes synallagmatiques qui ont pour objet des prestations réciproques, mais qui ne rentrent dans aucune des quatre classes de contrats consacrés par le droit civil. Elle les déclare obligatoires dès qu'ils ont été exécutés par l'une des parties, elle les sanctionne par une action dite *præscriptis verbis*.

Cette doctrine, appliquée d'abord à l'*æstimatum*, a été peu à peu étendue à d'autres pactes. Jusqu'alors celui qui avait effectué une prestation sans obtenir l'équivalent convenu, n'avait que la ressource de répéter ce qu'il avait donné ; il exerçait une *condictio ob rem dati re non secuta*. Certains jurisconsultes lui donnaient aussi une action prétorienne *in factum* qui était particulièrement utile lorsque la prestation consistait en un fait non susceptible d'être répété (5). D'autres allèrent plus loin et admirent que l'exécution unilatérale d'un pacte synallagmatique (6) était une cause suffisante d'obligation. Cette manière de voir, présentée par Ariston (p. 353, 2), rencontra des résistances chez les Sabiniens, mais finit par prévaloir (7).

Le contrat se forme, comme un contrat réel, par la remise d'une chose ou l'exécution d'un fait. Il oblige le bénéficiaire de cette prestation à exécuter lui-même la contre-prestation qu'il a

(1) Cic., *p. Rabir. Post.*, 2, 4.

(2) Il en est de même de l'héritier d'un associé (Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 2, 63, 8. Cf. Cels., 16 Dig., D., XXVIII, 5, 59, 1).

(3) Pomp., 12 ad Sab., *h. t.*, 59 pr.

(4) Cic., *in Vat.*, 12, 39.

(5) Jul., ap. Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 7, 2.

(6) Si le pacte n'a pas pour objet une prestation réciproque, il n'y a pas contrat innommé : l'inobservation du pacte donnera lieu tout au plus à une action *in factum* ou *de dolo* (Aristo, ap. Pomp., 22 ad Sab., XIX, 5, 16, 1).

(7) Ap. Ulp., *l. c. : puto recte Julianum a Mauriciano reprehensum in hoc : dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas, manumisisti : evictus est Stichus. Julianus scribit in factum actionem a Prætore dandam ; ille ait, civilem incerti actionem, id est præscriptis verbis, sufficere : esse enim contractum, quod Aristo* συνάλλαγμα *dicit.*

promise. Cette obligation est sanctionnée par une action civile (1) que les textes qualifient tantôt *civilis incerti actio* (2), parce qu'elle a une *intentio* et une *condamnatio incerta*, tantôt *in factum civilis* (3) ou simplement *in factum*, parce que la formule, comme celle des actions prétoriennes, contient l'exposé du fait qui a donné naissance au contrat (4). La *demonstratio* est ici remplacée par une *præscriptio;* de là le nom général donné à cette action : *præscriptis verbis actio* (5).

Ces nouveaux contrats n'avaient pas de nom en droit civil, la jurisprudence ne leur en a pas donné (6); aussi, a-t-on l'habitude, depuis le moyen âge (7), de les appeler *contrats innommés*. Cette qualification est commode, mais elle a l'inconvénient d'attribuer aux jurisconsultes classiques une généralisation qu'ils n'ont peut-être pas faite et qui n'est certaine que sous Justinien (8).

Les deux principaux contrats innomés sont l'*æstimatum* et l'échange (9).

(1) Ulp., D., XIX, 5, 15; Paul, *eod.*, 5, 2 et 3; Diocl., C., II, 4, 33, 1.

(2) Nerat., D., XIX, 5, 6; Mauric., *loc. cit.;* Pomp., *eod.*, 16 pr.; Ulp., D., X, 3, 23; Diocl., C., IV, 64, 6; VIII, 53, 22, 1. Cf. Pap., *h. t.*, 8 et 9.

(3) Lab., ap. Pap., 8 Quæst., *eod.*, 1, 1; Pap., *eod.*, 1, 2.

(4) Gaius, 10 ad Ed. prov., *eod.*, 22; Pap., *eod.*, 1 pr. : *Nonnumquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quæ in factum appellantur;* Ulp., 30 ad Sab., *eod.*, 13 pr.; Paul, D., XIX, 4, 1, 1; Alex., C., IV, 14, 3.

(5) Lab., ap. Ulp., D., XIX, 5, 19 pr.; Cels., 8 Dig., *eod.*, 2 : *Nam cum deficiant vulgaria atque usitata actionum nomina, præscriptis verbis agendum est;* Ulp., *eod.*, 19, 1; Pap., 2 Quæst., *eod.*, 7; Marc., 3 Reg., *eod.*, 25. Cette manière de sanctionner de nouveaux contrats avait été proposée par Labéon : il pensait qu'on devait agir *p. v.* toutes les fois qu'on était en présence d'une convention rentrant en partie dans un des contrats reconnus par la loi, en partie dans un autre, sans qu'on pût dire exactement lequel (ap. Pap., *h. t.*, 1, 1 : *locatio rei* ou *operis;* ap. Ulp., *eod.*, 19 pr. : *mutuum* ou mandat). Même décision en cas de vente conditionnelle ou à l'essai lorsque l'acheteur a empêché la condition de s'accomplir, ou a tiré profit de la chose sous prétexte de l'essayer (ap. Ulp., D., XVIII, 1, 50; XIX, 5, 20 pr.).

(6) Jul., *h. t.*, 3 : *Contractus, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt.*

(7) Cf. Fitting, *Jur. Schriften d. früheren Mittelalters*, 118.

(8) La raison de douter vient de ce que plusieurs des textes, qui appliquent l'action *præscriptis verbis* au précaire ont été interpolés (p. 394, 2). D'autre part, Paul, le seul jurisconsulte qui ait fait, à notre connaissance, une classification de ces nouveaux contrats en les ramenant à quatre types : *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des*, *facio ut facias*, n'admet pas l'action *p. v.* pour les pactes *facio ut des* (5 Quæst., D., XIX, 5, 5 pr., 3). Seul Ulpien propose de donner ici une *civilis actio* tout en reconnaissant que l'action de dol est également possible (*eod.*, 15). Son opinion, consacrée par Alexandre Sévère (C., II, 4, 6, 1), n'avait pas encore prévalu sous Dioclétien (C., II, 20, 4). Il faut donc reconnaître que si les jurisconsultes classiques ont traité comme des contrats bon nombre de pactes synallagmatiques exécutés par l'une des parties, ils n'ont probablement pas formulé une règle générale et absolue. Cette règle n'apparaît que sous Justinien : elle ressort des modifications introduites dans les textes du Digeste par les compilateurs.

(9) Faut-il y joindre la transaction? Paul ne devait pas l'admettre, car c'est un

§ 1er. *Æstimatum.* — L'une des parties remet à l'autre une chose pour la vendre, et à charge de rendre soit le prix d'estimation, soit la chose elle-même si elle n'est pas vendue. Ce contrat se formait d'ordinaire entre un marchand et un colporteur (*circitor*) ou placier, qui lui demandait des marchandises pour les vendre avec un petit bénéfice (1). La convention ainsi formée ressemblait à chacun des quatre contrats consensuels sans se confondre avec aucun d'eux : il n'y a pas vente, car le colporteur peut rendre la chose; ni louage, car il peut n'avoir aucun salaire; ni mandat, car le service ne sera pas le plus souvent gratuit; ni société, car les parties n'ont pas eu la volonté de s'associer. Le Préteur a tranché la difficulté en proposant une action *æstimatoria præscriptis verbis* qui est de bonne foi, comme celle qui sanctionnerait un contrat consensuel (2). Cette action, qui existait au temps de Labéon, est la seule action *præscriptis verbis* qui figure dans l'Édit perpétuel (3).

§ 2. *Permutatio.* — L'échange est resté longtemps en dehors de la sphère du droit (I, 260). Au début de l'Empire, la jurisprudence a cherché un moyen de donner à cette convention une valeur juridique : les Sabiniens en firent une variété de la vente, les Proculiens un contrat spécial; telle était sous Trajan, l'opinion d'Ariston. La question, discutée encore au temps de Gaius, ne l'était plus au IIIe siècle (4) : l'échange fut un contrat innomé.

Ce contrat diffère de la vente à plusieurs égards : 1° Il se forme *re* et non par le simple accord des volontés (5) : donc, tant que la *res* n'a pas été remise, chacune des parties peut se dédire. 2° Il exige un double transfert de propriété (*do ut des*), l'un pour sa formation, l'autre pour son exécution; donc le contrat

pacte *facio ut des*. Mais Alexandre Sévère et Dioclétien déclarent que ce pacte sera sanctionné par l'action *p. v.* lorsqu'on ne l'aura pas confirmé par une stipulation (C., II, 4, 6 et 33, 1). Pernice (*Labeo*, III, 91, 1) prétend que ces textes ont été interpolés. La raison qu'il en donne n'est pas décisive : une interpolation semblable aurait été faite dans un rescrit de Caracalla conservé au Code Grégorien (I, 1, 1) et reproduite au Code de Justinien. Mais cette assertion n'est pas confirmée par les manuscrits du Code de Justinien (II, 3, 7) qui ne font aucune allusion à l'action *p. v.* Aussi Pernice est-il obligé de compléter le texte, qui doit prouver l'interpolation, par une scolie des Basiliques ! (Heimbach, I, 548.)

(1) Ulp., 28 ad Ed., D., XIV, 3, 5, 4.

(2) Ap. Ulp., *eod.*, D., XIX, 5, 17, 1.

(3) La marchandise livrée au placier est-elle à ses risques? Labéon et Pomponius font une distinction : les risques sont pour celle des deux parties qui a eu l'initiative, sinon, le placier ne répond que de son dol et de sa faute (ap. Ulp., *loc. cit.*). Ulpien au contraire applique la règle qui met les risques d'une chose reçue sur estimation à la charge de l'*accipiens* (32 ad Ed., D., XIX, 3, 1, 1).

(4) Paul, XIX, 5, 5, 1 : *Quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem.*

(5) Paul, 32 ad Ed., D., XIX, 4, 1, 2.

ne se forme pas s'il a pour objet la chose d'autrui. Le coéchangiste évincé n'a pas de recours s'il n'a encore rien donné en échange; dans le cas contraire, il aura l'action *præscriptis verbis* (1). 3° Les deux parties ne jouent pas un rôle distinct comme dans la vente : aucune d'elles ne peut demander la rescision pour cause de lésion, mais toutes deux peuvent exercer les actions édilitiennes (2). 4° La situation de l'échangiste qui n'a pas reçu de contre-prestation est tantôt meilleure et tantôt pire que celle du vendeur non payé. Elle est meilleure que celle du vendeur à terme, car le vendeur à terme n'a que l'action *venditi*, tandis que l'échangiste a le choix entre deux partis : poursuivre l'exécution du contrat ou réclamer la chose qu'il a livrée. Elle est moins bonne que celle du vendeur au comptant qui conserve le droit de revendiquer sa chose, tandis que l'échangiste n'a qu'une action personnelle.

§ 3. *Extension des contrats innomés.* — La notion des contrats innomés a été élargie : on l'a étendue au cas où une tradition est faite, non pas en vue d'obtenir une contre-prestation équivalente, mais seulement l'exécution d'une charge (3); telle est la donation *sub modo* qui impose au donataire l'obligation de faire au profit du donateur ou d'un tiers une prestation d'une valeur inférieure à celle de l'objet donné (4); la constitution d'une dot réceptice par voie de dation (5), le partage d'une succession (6).

II. Sanction des contrats innomés. — Celui des contractants qui a exécuté peut exiger la contre-prestation promise au moyen de l'action *præscriptis verbis*. C'est une action de bonne foi qui tend à faire indemniser le demandeur du préjudice que lui cause l'inexécution du contrat (7).

A côté de l'action *præscriptis verbis*, il en est une autre : la *condictio ob rem dati*. Celui qui a exécuté peut répéter ce qu'il a

(1) Ped., ap. Paul, *eod.*, 1, 3; Paul, *eod.*, 1, 1.
(2) Ulp., 1 ad Ed., D., XXI, 1, 19, 5.
(3) Diocl., C., IV, 64, 6 : *Rebus certa lege traditis, si huic non pareatur, præscriptis verbis incertam civilem dandam actionem juris auctoritas demonstrat.*
(4) Pap., 3 Resp., D., XXXIX, 5, 28; Diocl., IV, 64, 9; VIII, 53, 9; 22, 1.
(5) Maximin., C., V, 12, 6; Just., V, 13, 1, 13. Pernice (*ibid.*) a conjecturé que le premier texte a été interpolé et supposait une aliénation fiduciaire : c'est une simple assertion. Le prédécesseur de Maximin n'accordait qu'une *utilis condictio* (Alex., C., II, 3, 10).
(6) Papinien (ap. Ulp., 19 ad Ed., D., X, 2, 20, 3) vise un partage d'ascendant et le compare à un échange fait *certa lege* (Cf. Hermog., D., II, 14, 45; Diocl., C, III, 36, 14; 38, 7). Pomponius (ap. Ulp., *l. c.*, 18, 2) prévoit sans doute le cas où l'un des héritiers a été chargé d'ériger un monument au défunt. Cf. Pernice, III, 39, 2.
(7) Justinien (*Inst.*, IV, 6, 28) cite parmi les actions de bonne foi celles qui sont données en vertu d'un *æstimatum* ou d'un échange : on aurait tort d'en conclure

donné. Cette action suppose en principe un enrichissement sans cause résultant d'une dation; par suite, on ne peut l'exercer lorsque la prestation consiste en un fait : *nemo potest condicere factum* (1). La coexistence de cette action et de l'action contractuelle constitue une anomalie; la faculté de répéter répugne à l'idée de contrat : c'est un vestige de l'état du droit antérieur à l'admission des contrats innomés (2). La *condictio* a conservé son utilité dans les cas où le contrat n'a pu se former : elle est donnée comme jadis, à l'exclusion de toute autre action, mais on ne peut l'intenter lorsque l'action *præscriptis verbis* n'est plus possible parce que la chose a péri par cas fortuit. On a fait ici prévaloir l'idée de contrat; le débiteur sera libéré comme tout débiteur contractuel d'un corps certain (3).

que, dans tout autre cas, l'action *p. v.* est de droit strict. Rien n'autorise à penser qu'il en ait été ainsi.

(1) Cette conséquence, admise encore par Marcien, est écartée par son contemporain Ulpien qui invoque l'autorité de Celsus (Marc., 3 Reg., D., XIX, 5, 25; Cels., ap. Ulp., D., XII, 6, 26, 12) : l'un et l'autre admettent la possibilité de répéter la valeur pécuniaire des *operæ fabriles* fournies par un affranchi (p. 145).

(2) En dehors des cas qui viennent d'être indiqués, la faculté de répéter est-elle admise lorsque la partie qui a reçu la prestation est prête à fournir ce qu'elle a promis? Le doute vient de quelques textes qui permettent à celui qui a exécuté de répéter par cela seul qu'il a changé d'avis : c'est ce qu'on appelle *condictio ex pœnitentia* (Ulp., 26 ad Ed., D., XII, 4, 3, 2 et 3; 2 Disp., *eod.*, 5 pr.). Si cette *condictio* était admise d'une manière générale dans les contrats innommés, ce serait la négation de l'idée de contrat, puisqu'il dépendrait de celui qui a exécuté de revenir sur sa promesse, alors que son contractant est prêt à tenir la sienne. Aussi est-on d'accord pour en restreindre l'application aux cas prévus dans les textes : aliénation d'un esclave à charge de l'affranchir, remise d'une somme d'argent pour affranchir un esclave ou pour faire un voyage. — On a remarqué que quelques-uns de ces textes sont insérés au titre du mandat (Jul., D., XVII, 1, 30; Gaius, 9 ad Ed. prov., *eod*, 27, 1), et l'on en a conclu que le *jus pœnitendi* n'est autre chose que la faculté de révoquer qui appartient au mandant : il s'appliquerait uniquement dans les cas analogues au mandat. Mais l'aliénation d'un esclave à charge de l'affranchir, est un acte qui n'a pas d'intérêt pécuniaire pour l'aliénateur et qui par suite, au temps de Julien et de Gaius, ne pouvait donner lieu à un mandat. Cela est d'autant plus certain que, dans le texte de Gaius, il serait question d'un mandat *post mortem* dont ce jurisconsulte n'admet pas la validité. Ces textes devaient se rapporter primitivement à une aliénation faite avec pacte de fiducie : la fiducie n'existant plus sous Justinien, les compilateurs ne voulurent pas retirer à l'aliénateur la faculté de se repentir qu'il avait eue jusque-là; ils lui accordèrent l'action qui leur parut le mieux correspondre à l'action de fiducie, soit l'action *mandati*, soit la *condictio*. Ainsi s'explique l'insertion de certains textes au titre *De condictione c. d. c. n. s.* et la mention de l'action *propter pœnitentiam* substituée à celle d'action *fiduciæ* (D., XII, 4, 5, 1). Cf. Lenel, *Z. Sav. St.*, IX, 182; Pernice, III, 129, 134, 263. Mais en substituant la *condictio* ou l'action *mandati* à l'action de fiducie, les compilateurs ont élargi la portée du *jus pœnitendi* qui jusqu'alors ne pouvait résulter que d'un pacte joint à une dation : cette extension a-t-elle été consciente? Doit-on l'admettre sans restriction? Cf. Monnier, *N. Rev. hist.*, XXIV, 185.

(3) Paul, 5 Quæst., D, XIX, 5, 5, 1; Diocl., C, IV, 6, 10. A l'époque antérieure, les risques étaient à la charge de l'*accipiens* : celui qui avait exécuté le contrat pouvait répéter ce qu'il avait donné. On a par mégarde inséré au Digeste un texte appartenant à cette période (Cels., 3 Dig., D., XII, 4, 16).

CHAPITRE VII

« Leges contractus ». — Pactes adjoints aux contrats. Pactes prétoriens.

Dans l'ancien droit, l'observation du principe de la liberté des conventions n'était assurée que d'une manière indirecte. Pour donner une valeur juridique à une convention, il fallait, en dehors d'un petit nombre de cas où elle était sanctionnée par la loi, recourir à une stipulation de peine. L'idéal consistait à rendre efficace toute convention qui n'était contraire ni à la loi ni aux bonnes mœurs. Cet idéal n'a pas été réalisé complètement par les Romains ; ils ont maintenu, jusque sous Justinien, la règle : *Ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur;* mais ils ont approché de très près du but à atteindre, et cela grâce à une clause insérée de bonne heure dans l'édit du Préteur : *Pacta conventa, quæ neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta, decreta principum neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo* (1).

Le Préteur ne s'explique pas sur les moyens qu'il compte employer pour maintenir ces pactes. L'étude des textes prouve qu'il a eu recours à des moyens divers suivant la nature et l'objet du pacte, et que ces moyens ont été plus ou moins efficaces suivant les époques. La jurisprudence a prêté son concours au Préteur : on va exposer ici les progrès qu'elle a réalisés, les résultats qu'elle a obtenus. En laissant de côté les pactes qui sont devenus des contrats de bonne foi, on peut distinguer trois sortes de pactes :

1° Ceux qui précisent les éléments essentiels du contrat;

2° Les pactes adjoints au contrat pour modifier les droits et obligations des parties tels qu'ils résultent du droit commun;

3° Les pactes qui ne rentrent dans aucune des catégories précédentes, ceux qu'on appelle *pactes nus,* sauf un très petit nombre qui ont été munis d'action par le Préteur et qui pour ce motif sont appelés *pactes prétoriens*.

(1) Cet édit, qui est antérieur à Cicéron (Cic., *ad Her.*, II, 13, 20 : *Ex pacto jus est : si qui quid inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit.* Cf. *De orat.*, II, 24), paraît dû au préteur Cassius (cf. Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 4, 4, 33) et fut sans doute proposé au cours du VIIe siècle. Le Préteur manifeste sa volonté de maintenir toutes les conventions rentrant dans la classe des *pacta conventa*, c'est-à-dire toutes celles qui n'étaient pas sanctionnées par le droit civil à titre de contrats ou comme modes d'extinction des obligations. L'édit ne fait à cet égard aucune distinction entre les pactes créateurs et les pactes extinctifs (Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 7, 7).

I. LEGES CONTRACTUS. — Dans un sens large, l'expression *lex contractus* désigne une clause quelconque d'un contrat, une clause accessoire aussi bien qu'une clause essentielle. Dans un sens étroit, elle caractérise les clauses essentielles du contrat, celles qu'un vendeur ou un locateur insère dans le cahier des charges de la vente ou du louage, comme le fait le censeur pour la *lex censoria*. Ces clauses font corps avec le contrat : une fois acceptées par l'acheteur ou par le locataire, elles sont la loi des parties, et sont sanctionnées par les actions qui découlent de la vente ou du louage (1). L'ensemble de ces clauses forme la *lex venditionis* ou *locationis* (2). Préparée à loisir par le vendeur ou le locateur, la *lex contractus* doit être conçue en termes clairs et non équivoques (3).

II. PACTES ADJOINTS AUX CONTRATS. — Ces pactes ont ordinairement (4) pour but d'étendre (5) ou de restreindre (6) les droits et obligations des parties, tels qu'ils résultent du droit commun. La valeur de ces pactes varie suivant qu'ils sont adjoints à un

(1) Telles sont les clauses relatives à la qualité (ULP., D., XIX, 1, 34 ; Q. MUC., ap. CELS., D., XVIII, 1, 59 ; JUL., *eod.*, 22) ou à la quantité de la chose due (ALF., D., XIX, 1, 40 pr. ; NERAT., ap. ULP., D., XIX, 1, 13, 14), à la date du payement (LAB., D., XIX, 1, 51, 1), à la personne autorisée à le recevoir (JUL., D., XLV, 1, 56, 2), à la condition sous laquelle l'obligation prendra naissance (ULP., D., XVIII, 1, 7 pr.). Voir notre article LEX CONTRACTUS (*Dict. des Antiq.*, V, 1113).

(2) TUB., ap. JAV., D., XVIII, 1, 77 : *Lex fundi vendendi ;* POMP., D., XLVII, 12, 5 : *Lex prædiorum vendendorum ;* CIC., *De Orat.*, I, 58, 246 : *Manilianæ venalium vendendorum leges ;* VARR., *De re rust.*, I, 2, 17 : *Leges coloniæ ;* JAV., D., XIX, 2, 51 pr. ; GAIUS, *eod.*, 25, 3 ; PAUL, *eod.*, 55, 2.

(3) PAP., 5 Quæst., D., II, 14, 39 : *Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit, nocere ; in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.* Pour prévenir toute difficulté, on les empruntait à des formulaires, composés par les Prudents (CIC., *De leg.*, I, 4, 14 ; *Top.*, 8, 33. Cf. t. Ier, p. 466).

(4) Parfois cependant ils reproduisent une condition qui est de droit, comme pour en rappeler l'existence au débiteur : telle est cette clause, qui est de style dans les constitutions d'hypothèque, et qui réserve au créancier le droit d'exiger du débiteur la différence entre le prix de vente de l'objet hypothéqué et le montant de la dette (POMP., ap. PAUL, 3 Quæst., D., XX, 5, 9, 1).

(5) Clauses étendant les droits en faveur du créancier : *Lex commissoria, in diem addictio, pactum displicentiæ*, antichrèse, droit de vendre le gage ou l'hypothèque. Clauses étendant les obligations du débiteur : garantie contre l'éviction (p. 411, 7) ; PAP., *Vat. fr.*, 8 : *Evictione... secuta duplum ex empti judicio secundum legem contractus præstabitur ;* obligation de manciper la chose vendue (p. 404, 7) ; obligation de libérer la chose vendue de l'hypothèque qui la grève ; concession d'un droit de rachat au vendeur (JUL., D., XVIII, 1, 41) ; obligation de payer à un mandant les intérêts de ses avances (JUL., ap. AFR., D., XIX, 5, 24).

(6) Clauses restreignant les droits du créancier : défense d'affranchir un esclave (PAUL, D., XL, 1, 9), de revendre une chose à tout autre qu'au vendeur (PAUL, D., XIX, 1, 21, 5). Clauses restreignant les obligations du débiteur : réserve d'une servitude au profit du vendeur d'un fonds (LAB., D., XVIII, 80, 1), réserve des fruits (ALF., *eod.*, 40, 3 et 4 ; L, 16, 205), d'une carrière (TUB., ap. JAV., D., XVIII, 1, 79), d'un sépulcre (ULP., D., XI, 7, 10). Déduction du montant du préjudice causé (CATO., *R. r.*, 144, 145). Maintien des servitudes existantes (*Veteres*, ap. MOD., D., XIX, 1, 39).

contrat de bonne foi ou de droit strict, suivant qu'ils interviennent lors de la conclusion du contrat ou après coup.

§ 1er. *Pactes adjoints aux contrats de bonne foi.* — La question des pactes adjoints s'est posée d'abord pour les contrats de bonne foi où le juge avait une latitude d'appréciation qui fait défaut pour les contrats de droit strict. Au temps de Cicéron, la question était discutée pour un des pactes qui devait être le plus usuel : la clause imposant à un acheteur le maintien du bail consenti par le vendeur (p. 416, 3). Servius accordait l'action du contrat. Labéon sanctionne de même un pacte imposant au locataire certaines précautions pour éviter les risques d'incendie, ou imposant au vendeur d'une récolte sur pied la responsabilité des cas fortuits (1); mais il refuse l'action du contrat pour un pacte en vertu duquel l'acheteur d'une partie d'un fonds loue la partie non comprise dans la vente. Ici le pacte a un objet distinct de celui du contrat; il ne se rattache au contrat que par un lien extérieur; on pouvait donc soutenir que l'action du contrat n'était pas applicable. Javolenus se place à un point de vue différent : il admet l'efficacité du pacte lorsque le vendeur a consenti une réduction du prix en considération de l'avantage que lui procurait le pacte (2). Cette idée a été accueillie et généralisée par les jurisconsultes postérieurs : ils n'exigent plus la preuve que le vendeur a diminué son prix; à leurs yeux, cela va de soi (3).

Les pactes qui viennent d'être cités ne sont pas les seuls qui, joints à un contrat de bonne foi, aient été sanctionnés par l'action du contrat. Mais si la jurisprudence s'est montrée disposée à leur attribuer la même efficacité qu'au contrat, elle a du moins posé une limite : le pacte ne doit pas être *extra naturam contractus* (p. 46, 3) ni contraire à la bonne foi. Ce serait par exemple dénaturer le dépôt que d'autoriser le dépositaire à rendre *tantumdem* et non *idem* (4); il serait contraire à la bonne foi de convenir que le débiteur ne sera pas tenu de son dol (5).

(1) Lab., ap. Ulp., *eod.*, D., XIX, 2, 11, 4; XVIII, 1, 78, 3.

(2) Jav., 5 ex Post., D., XVIII, 1, 79 : *Labeo et Trebatius negant posse ex vendito agi ut id quod convenerit fiat. Ego contra puto, si modo ideo vilius fundum vendidisti, ut hæc tibi conductio præstaretur : nam hoc ipsum pretium fundi videretur, quod eo pacto venditus fuerat.*

(3) Paul, 33 ad Ed., D., XIX, 1, 21, 4 : *Si tibi fundum vendidero, ut eum conductum certa summa haberem, ex vendito eo nomine mihi actio est, quasi in partem pretii ea res sit.* Cf. Kniep, *Præscriptio und Pactum*, 99.

(4) Pap., 9 Quæst., D., XVI, 3, 24 : *Si ut tantumdem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos.*

(5) Ulp., 29 ad Sab., D., L, 17, 23 : *Hoc servabitur quod initio convenit ; legem enim contractus dedit, excepto eo quod Celsus putat, non valere si convenerit ne dolus præstetur : hoc enim bonæ fidei judicio contrarium est.*

Lorsqu'un pacte est étranger à la nature du contrat, on ne peut le rendre efficace qu'en le confirmant par une stipulation : tel est le cas où l'on vendrait un compartiment dans un monument funéraire sous la clause qu'on n'y déposera les cendres d'aucun mort (1). La question de savoir si un pacte est ou non en dehors de la nature du contrat ou contraire à la bonne foi est dans certains cas délicate, et la solution a varié (2).

Plus difficile était la question pour les pactes tendant à la résiliation du contrat. Ces pactes se rencontrent spécialement dans la vente. N'y aurait-il pas eu quelque contradiction à les sanctionner par une action créée pour assurer l'exécution du contrat? Cette objection n'a pas paru suffisante pour le *pactum displicentiæ* : Sabinus autorise l'acheteur à rendre la chose dans le délai convenu, si elle ne lui plaît pas, et lui accorde l'action *empti* pour se faire rendre le prix (3). C'est une extension, contenue dans certaines limites, du droit qui appartient à l'acheteur d'examiner la marchandise (4). La même solution a été

(1) Paul, 27 ad Ed., D., XI, 7, 11 : *Pactum quidem ad hoc non sufficit, sed stipulatione id caveri oportet.*

(2) Papinien a d'abord dénié toute valeur au pacte joint à la vente d'un esclave lorsqu'il s'inspire d'un sentiment défavorable à l'esclave. Tel le pacte *ne manumitteretur, ne in Italia esset.* L'action ne pourrait être donnée au vendeur que *vindictæ ratione*, pour satisfaire sa vengeance (D., XVIII, 7, 6, 1 : *Viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo sævientis satisfactum non fuisset.* Cf. p. 57, 4). Vainement aurait-il été convenu que l'acheteur payerait une peine en cas de contravention, cette peine ne pourrait être exigée, à moins que le vendeur ne se soit lui-même engagé par stipulation à la payer à un tiers (Pap., *eod.*, 7) : son intérêt pécuniaire l'emporterait ici sur toute autre considération. Cette conséquence une fois acceptée, Papinien n'a pas tardé à s'apercevoir que le point de départ de son opinion manquait de solidité : le vendeur ne pourra-t-il pas toujours dire que pour faire accepter à l'acheteur une clause défavorable à l'esclave, ou plus généralement une clause restrictive de la liberté de disposition de l'acheteur, il a dû consentir une diminution de prix? Dès lors il n'y avait pas de raison de distinguer entre les clauses favorables ou non à l'esclave : Papinien s'est rallié à l'opinion de Sabinus (p. 320, 3).

(3) P. 421, 4. Paul donne le choix entre cette action et une action *proxima empti in factum.* Cf. sur cette dernière, Bechmann, *Der Kauf,* II, 544; Kniep, *op. cit.*, 110.

(4) Le droit de *rachat* réservé au vendeur a donné lieu à des divergences : Proculus sanctionne le pacte par une action *in factum*; Julien, par l'action *venditi;* Alexandre Sévère donne le choix entre l'action *venditi* et l'action *præscriptis verbis.* Si le vendeur s'est réservé un droit de *préemption*, les jurisconsultes du IIIe siècle lui donnent l'action *venditi* (Paul, D., XIX, 1, 21, 5; Hermog., D., XVIII, 1, 75). S'il s'est réservé le droit de reprendre sa chose dans le cas où un tiers lui ferait des *offres* plus avantageuses, Julien n'hésite pas à sanctionner le pacte par l'action *venditi* (p. 420, 2); l'acheteur aura de son côté l'action *empti* pour se faire tenir compte des dépenses faites dans l'intervalle, si les revenus ne suffisent pas à l'indemniser. La *lex commissoria* a donné lieu à un vif débat qui durait encore au milieu du IIe siècle (p. 421, 6). Déjà, sous Trajan, Ariston avait jugé nécessaire de sanctionner ce pacte : il accorde au vendeur une action *in factum* pour se faire restituer les fruits perçus par l'acheteur dans l'intervalle. Il lui paraît juste que l'acheteur qui a trompé la confiance du vendeur, en ne payant pas le prix dans le délai qui lui a été accordé, ne conserve

adoptée, non sans résistance, pour les autres pactes résolutoires. Dès la fin du second siècle, la jurisprudence admet que les pactes adjoints *in continenti* aux contrats de bonne foi font corps avec le contrat (1). On les traite comme une *lex contractus* (2), mais en maintenant la double réserve qu'ils ne soient ni étrangers à la nature du contrat, ni contraires à la bonne foi (3).

Les pactes adjoints *ex intervallo,* postérieurement à la conclusion du contrat, restent soumis au droit commun : faits dans l'intérêt du débiteur, ils ne donnent lieu qu'à une exception; faits dans l'intérêt du créancier, ils ne produisent qu'une obligation naturelle (4). Si le contrat est consensuel, on peut le mettre à néant par un pacte fait après coup, pourvu qu'il n'ait pas été exécuté (*rebus adhuc integris*), et en refaire un nouveau où l'on introduira les changements convenus entre les parties (5).

§ 2. *Pactes adjoints aux contrats de droit strict.* — La règle admise pour les pactes adjoints *in continenti* aux contrats de bonne foi a été étendue aux pactes adjoints *in continenti* aux contrats de droit strict. En un certain sens, elle rencontra moins de difficultés que dans les contrats de bonne foi : dans la stipulation tout au moins, on n'avait pas à craindre d'obstacle tiré de la nature du contrat; l'objection principale tenait à la forme de la stipulation, aux pouvoirs limités du juge de l'action de

aucun des profits qu'il a retirés du contrat (Dig., XVIII, 3, 5 : *Quia nihil penes eum residere oporteret ex re in qua fidem fefellisset*). Pomponius va plus loin et donne l'action *venditi :* le vendeur, dit-il, ne demande pas que le contrat soit considéré comme non avenu; il demande seulement à être dégagé de son obligation envers l'acheteur. Cette opinion a fini par triompher (Ulp., *eod.*, 4 pr. : *Et quidem finita est emptio. Sed jam decisa quæstio est ex vendito actionem competere;* Alex., C., IV, 54, 3).

(1) Marcel., ap. Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 7, 5 : *Solemus... dicere pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis.*

(2) Pap., ap. Ulp., *eod. : Ea pacta insunt, quæ legem contractui dant, id est quæ in ingressu contractus facta sunt.*

(3) *Vat. fr.*, 14. On sait d'ailleurs (p. 452, 2) que, sous le premier rapport, l'interprétation la plus large a prévalu : on valide la clause pénale jointe à un contrat de louage, *juxta legem saltui datam* (Gord., C., III, 41, 2). On permet au mandant de convenir que le mandataire lui payera des intérêts pour les avances qu'il a reçues (p. 450, 5). Papinien ne tient compte de la nature du contrat que pour les pactes joints après coup.

(4) Marcel., ap. Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 7, 5 : *Ex intervallo non inerunt nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur.*

(5) Telle est la solution admise par Paul (D., XVIII, 1, 72 pr.; II, 14, 27, 2) dans le cas où le pacte a pour objet de modifier le prix. Papinien considérait la question comme douteuse. Il s'exprime très nettement au contraire pour les pactes relatifs aux *adminicula*, tels que la garantie contre l'éviction : ceux qui diminuent l'obligation de l'acheteur font corps avec le contrat, mais non ceux qui l'augmentent. Dans ses *Responsa*, sa doctrine est un peu différente, il n'exclut que les pactes *extra naturam contractus :* d'où *a contrario* ceux qui sont conformes à la nature du contrat sont obligatoires (ap. Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 7, 5).

droit strict; mais la rigueur avec laquelle on traitait primitivement les rapports dérivant des contrats de droit strict, s'affaiblit au cours de l'époque classique (p. 375). Julien paraît avoir admis que le pacte joint *in continenti* à une stipulation fait corps avec le contrat (1).

Les pactes adjoints *in continenti* au *mutuum* (2) ont été d'assez bonne heure considérés comme faisant corps avec le contrat. Proculus l'admet pour les pactes qui diminuent l'obligation du débiteur; Ulpien, pour toute sorte de pactes (3). Cette règle comporte une exception : le pacte d'intérêts joint au *mutuum* est sans valeur (p. 336).

III. Pactes prétoriens. — Les auteurs modernes donnent le nom de pactes prétoriens à quelques conventions, dont l'inobservation est sanctionnée par l'édit du Préteur (p. 351, 3); ce sont le constitut, le *receptum* avec ses trois variétés, le serment. La sanction donnée à ces conventions est souvent présentée comme une dérogation à la règle de l'inefficacité du pacte nu : il serait plus exact de dire que le Préteur s'est proposé bien moins de sanctionner un pacte que de réprimer un acte déloyal.

1. Pacte de constitut. — Le constitut est une convention par laquelle un débiteur ou un tiers s'engage à payer *à jour fixe* une dette préexistante (4). Le but et la portée de cette convention ont varié suivant les époques.

Anciennement, le constitut était pour le débiteur d'une somme

(1) Il en fait l'application au cas où il est convenu que le stipulant n'exigera pas le capital tant que les intérêts seront payés (ap. Paul, 3 ad Ed., D., II, 14, 4, 2 et 3 : ... *Idem Juliano placet. Ex facto etiam consultus, cum convenisset, ut donec usuræ solverentur, sors non peteretur, et stipulatio pure concepta fuisset, conditionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset*). Paul déclare que la portée d'une stipulation est déterminée par les conventions préalables des parties (p. 376, 2). De là à admettre que les pactes, ajoutés *in continenti* à la stipulation, feraient corps avec le contrat, l'intervalle n'était pas bien grand et fut aisément franchi (Cf. Scæv., *eod.*, 135, 2). — On a pourtant soutenu qu'il y a lieu de distinguer entre les pactes adjoints *ad minuendam* ou *ad augendam obligationem* : ceux-là seuls feraient corps avec le contrat. Cette restriction n'est conforme ni au motif invoqué par Paul dans la célèbre loi *Lecta* (3 Quæst., D., XII, 1, 40 : *Quia pacta in continenti facta stipulationi inesse creduntur*), ni à l'interprétation plus souple des contrats de stipulation par la jurisprudence classique.

(2) P. 384, 4. Les textes manquent pour le contrat *litteris*.

(3) Ulp., 26 ad Ed., D., XII, 1, 11, 1; *Ibid.*, 7 : *Omnia quæ stipulationibus inseri possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniæ*. Cf. Mod., D., XXII, 2, 41, 1 : pactes autorisant un payement partiel; Paul, D., XLVI, 1, 71 pr. : pacte de solidarité; Alex., C., II, 3, 10 : *Cum pecunia datur, et aliquid de reddenda ea convenit, utilis est condictio*.

(4) L'expression *constituo me soluturum* était consacrée par l'usage pour désigner cet engagement (*constitutum debiti proprii*). Le constitut peut aussi être fait par un tiers (*constitutum debiti alieni*) : c'est une sorte de cautionnement.

d'argent un moyen d'obtenir un sursis (1); il s'appliquait au cas de *pecunia certa credita* (I, 679, 2). Le créancier avait le droit, si l'engagement n'était pas tenu, d'exercer l'action *de constituta pecunia*. Cette action donnait lieu à une *sponsio dimidiæ partis;* le créancier pouvait exiger moitié en sus de ce qui lui était dû : cette peine rigoureuse était la punition de la déloyauté du débiteur (2). Son manque de parole était d'autant plus grave, que le créancier lui avait accordé un délai pour se libérer. L'édit autorisait en outre le créancier à déférer au débiteur le serment nécessaire, comme dans l'action *certæ pecuniæ* (3).

Cette première application du constitut était usitée au temps de Cicéron (4). Bientôt après, dès le siècle d'Auguste, on se servit du constitut pour modifier ou transformer une obligation préexistante, même non exigible (5), que cette obligation eût pour objet de l'argent ou des choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent (6). Dès lors l'action de constitut, qui primitivement était pénale, devint une sorte d'action contractuelle (7) : la *condemnatio* fut égale à *quanti ea res est* (8). Elle conserva cependant à quelques égards son caractère pénal jusqu'à Justinien : elle était, dans certains cas, annale et intransmissible.

§ 1[er]. *Eléments essentiels.* — Les éléments essentiels du constitut, à cette époque, sont au nombre de trois. Il faut :

(1) Theoph., IV, 6, 8. Justinien (C., IV, 18, 2) dit que les anciens doutaient de la validité du constitut fait pour une dette conditionnelle ou à terme.

(2) Gaius, IV, 171; Ulp., D., XIII, 5, 1 pr. Cf. Bruns, *Z. f. Rg.*, I, 28.

(3) Paul, 3 ad Ed., D., XII, 2, 14. Cf. Demelius, *Schiedseid*, 68; Lenel, *E. P.*, I, 287; Jobbé-Duval, I, 187. D'après Karlowa (II, 1371), la création de l'action de constitut date de l'époque où ce pacte fut usité pour les dettes autres que les dettes d'argent. Anciennement, le constitut avait seulement pour effet d'accroître le montant de la *sponsio* et de donner lieu à la délivrance d'une formule *de certa pecunia credita* légèrement modifiée.

(4) Cic., *p. Quint.*, 5, 18 : *Quasi domi nummos haberet, ita constituit Scapulis se daturum; Ad Att.*, I, 7 : *L. Cincio HS XXCD constitui me curaturum idibus Februariis; Ibid.*, XVI, 15, 5 : *si scio nos pridem jam constituisse Montani nomine HS XXV dissolvere.* Cf. *ad fam.*, VII, 4.

(5) Labéon (ap. Ulp., *eod.*, 3, 2) suppose un constitut fait avant l'échéance d'une dette à terme. Il dit même que le constitut aurait été introduit surtout en vue des dettes à terme, ce qui est contraire aux textes cités note 1. Il y a là, pour l'histoire du constitut, une difficulté non encore résolue.

(6) C., IV, 18, 2 : *In his tantummodo casibus a veteribus conclusa est, ut exigeret res quæ in pondere numero mensurave sunt.*

(7) Marcel., ap. Ulp., *eod.*, 18, 2 : ... *Utrum pœnam contineat hæc actio an rei persecutionem? Et magis est, ut etiam Marcellus putat, ut rei sit persecutio.* Deux faits le prouvent : 1° un pupille ne peut faire un constitut sans l'*auctoritas* du tuteur; 2° le fils de famille qui fait un constitut oblige son père *de peculio* (Ulp., *h. t.*, 1, 2-3).

(8) A côté du constitut de payement, les textes prévoient la promesse de *satisdare* (Paul, *h.t.*, 21, 2), ou plutôt de *satisfacere* (Nov., 115, 6), en fournissant une caution ou un gage. Il y a là une extension due soit à l'Edit (Lenel, *E. P.*, I, 286), soit à la jurisprudence (Karlowa, II, 1379).

1° Une dette préexistante (1). Il n'est plus nécessaire que cette dette dérive d'un *creditum* : toute obligation, quelle qu'en soit la cause, peut être l'objet d'un constitut, l'obligation naturelle aussi bien que l'obligation délictuelle; mais on tient pour inexistante une obligation paralysée par une exception péremptoire (2). Il n'est pas nécessaire non plus que l'obligation résultant du constitut se forme entre les mêmes personnes que l'obligation préexistante. La promesse peut être faite par un tiers avec ou sans la volonté du débiteur, par un mandataire, un messager, un tuteur, un curateur (3). Elle peut être faite à un autre qu'au créancier primitif, si celui-ci y consent (4).

La portée du constitut fut par là même élargie. Le but que les parties se proposaient d'atteindre ne fut pas toujours un payement à date fixe, mais aussi un changement de débiteur, de créancier ou de modalités : on put modifier le lieu du payement, avancer l'échéance, proroger le droit du créancier qui n'avait qu'une action temporaire en promettant de payer à une date où elle est éteinte; on put même faire un constitut *sine die* (5).

2° Que le constitut ait pour objet de l'argent ou des choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent. Cette restriction, qui a disparu sous Justinien, vient de ce que le Préteur a entendu pourvoir aux besoins les plus urgents, aux intérêts du commerce. Le constitut peut, d'après Ulpien, avoir un autre objet que l'obligation préexistante, pourvu qu'il soit de même valeur : le constitut est ici traité comme la dation en payement (6).

3° Que les parties aient la volonté de faire un constitut. La stipulation nulle comme telle ne saurait valoir à titre de constitut. Le consentement du créancier peut être tacite, mais non celui du débiteur; il était souvent manifesté par écrit (7). L'emploi du mot *constituo* n'est pas obligatoire.

§ 2. *Effets du constitut.* — Le constitut donne naissance à une

(1) L'édit contient ces mots : *Pecuniam cum constituebatur debitam fuisse.* Cf. Jobbé-Duval, *Grande Encyclopédie*, v° Constitut.

(2) Ulp., *eod.*, 1, 6 et 8; 7; Paul, 24 ad Ed., *eod.*, 29; Pomp., ap. Ulp., 3, 1.

(3) Ulp., *eod.*, 3, 2 et 3; 5, 8; 14, 3; Paul, *eod.*, 15 : *Quia ministerium tantummodo hoc casu præstare videtur.* On a vu, p. 345, 3, que la représentation fut admise ici, comme en matière de contrats, pour les pupilles, mineurs de 25 ans, fous, municipes.

(4) Ulp., *eod.*, 5, 2; Diocl., C., VIII, 41, 7.

(5) P. 42, 7 *in f.* Ulp., 5 pr.; Paul, *eod.*, 4; 21, 1; Cels., Jul., ap. Ulp., 18, 1.

(6) Ulp., *eod.*, 1, 5 : *Si quis centum debens frumentum ejusdem pretii constituat, puto valere constitutum.* Cf. 11, 1 et 12.

(7) Ulp., *eod.*, 1, 4; Jul., ap. Ulp., 5, 3; Scæv., *eod.*, 26. Cf. le constitut de l'apôtre Saint-Paul pour Onésime (Paul, *ad Philem.*, 17-19).

obligation et à une action nouvelles au profit du créancier (1). Cette obligation et cette action coexistent en général avec l'obligation et l'action primitives : en cela l'effet du constitut diffère de celui de la stipulation novatoire. Le créancier peut à son choix réclamer son payement en vertu de l'une ou de l'autre promesse (2). Il aura intérêt à se prévaloir de l'ancienne, lorsqu'il a laissé écouler le délai d'un an qui lui est, dans certains cas, accordé pour exercer l'action de constitut; il préférera invoquer l'obligation nouvelle, lorsque l'ancienne était une obligation naturelle ou une obligation temporaire dont le délai est expiré.

L'exercice de l'action de constitut ne suffit pas pour éteindre l'action primitive : le payement seul libère le débiteur; telle est l'opinion qui paraît à Ulpien la plus sûre, mais la question avait été discutée (3).

2. Receptum. — L'édit du Préteur prévoit trois cas de *receptum,* trois cas très différents, dans lesquels une personne se charge (*recipere*) de faire quelque chose pour autrui (4) : le *receptum arbitrii,* le *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum,* le *receptum argentariorum* (5).

§ 1er. *Receptum arbitrii.* — Il y a *receptum arbitrii*, lorsqu'une personne accepte la mission qui lui est confiée par deux ou plusieurs autres, en vertu d'un compromis, de trancher le différend qui les divise (6). Nul n'est tenu d'accepter les fonctions d'arbitre, mais celui qui s'en est chargé ne peut, sans manquer à

(1) Gaius, 4 ad Ed. prov., *eod.*, 28 ; Ulp., 2 Disp., D., XV, 3, 15.

(2) Ulp., *h. t.*, 18, 3.

(3) Le constitut peut exercer indirectement une influence sur l'obligation primitive soit en faveur du débiteur, soit en faveur du créancier. Lorsque le constitut modifie la dette primitive, le créancier est réputé accorder au débiteur un pacte de remise dans la mesure où l'obligation est modifiée : le débiteur pourra s'en prévaloir sous forme d'exception. De même si le constitut est fait par un autre débiteur ou par un autre créancier, il implique un pacte de remise au profit ou à l'encontre de la personne qui figurait dans l'obligation primitive et qui n'a pas été partie au constitut. Mais le cas de beaucoup le plus fréquent, celui que visent les textes, c'est le cas où le constitut est dans l'intérêt du créancier : ici le créancier n'est pas réputé avoir renoncé à son droit primitif; il ne dépend pas du débiteur de lui enlever le bénéfice du choix entre les deux créances (Pap., 8 Quæst., *eod.*, 25 pr.).

(4) Le mot *recipere* indique une promesse particulièrement énergique (Cic., *ad fam.*, VI, 12, 3 : *Non solum confirmavit, verum etiam recepit.* Cf. *ad Att.*, XIII, 1, 2).

(5) Les deux premiers ont chacun au Digeste un titre spécial. L'existence du troisième est rendue vraisemblable par ce fait que, dans les commentaires sur l'édit *de receptis,* plusieurs textes sont étrangers aux deux premières variétés du *receptum* et parlent d'une promesse de payer la dette d'autrui. Ces textes ne contiennent pas le mot *receptum* parce que Justinien ayant fusionné le *receptum argentariorum* avec le constitut, on a substitué *constituere* à *recipere.*

(6) Ped., ap. Ulp., 13 ad Ed., D., IV, 8, 13, 2 : *Recepisse arbitrium videtur, qui judicis partes suscepit, finemque se sua sententia controversiis impositurum polli-*

la foi promise, se dispenser de statuer. En cas de refus, le Préteur l'y contraint (1), et, s'il y a lieu, punit sa déloyauté (2). Mais au lieu de promettre une action, comme pour le constitut, et de confier à un juge le soin de fixer le montant de la condamnation, le Préteur use des moyens de coercition dont il dispose : l'amende (3), et sans doute aussi la *pignoris capio*.

La condition indispensable pour l'application de l'édit, c'est qu'il y ait *pecunia compromissa*. Le Préteur n'a recours à la contrainte que si les parties se sont respectivement promis une peine pécuniaire ou autre en cas d'inobservation de la sentence arbitrale. Avant d'infliger l'amende à l'arbitre, le Préteur lui accorde un délai, s'il jure que la cause n'est pas encore élucidée dans son esprit. L'arbitre peut également invoquer une excuse (maladie, inimitié, voyage urgent, charge publique, etc.), sur laquelle le Préteur statuera après examen (4).

§ 2. *Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum.* — L'armateur d'un navire (5), l'hôtelier, le maître d'écurie, qui accepte, même gratuitement (6), les effets, marchandises ou animaux (7), qu'un voyageur (8) lui confie, s'engage par là même à les restituer intacts (*salvum fore recipit*) (9). Il est responsable du vol et de tout autre dommage, survenu même sans sa faute, sauf le cas de force majeure (10). L'armateur est responsable des effets ou marchandises reçus par ses préposés, alors même qu'on les aurait laissés sur le rivage (11).

La convention tacite (12) qui intervient entre les parties est

cetur. Quod si, inquit, hactenus intervenit, ut experiretur, an consilio suo vel auctoritate discuti litem paterentur, non videtur arbitrium recepisse.

(1) Ulpien (*eod.*, 3, 1) explique les causes de l'intervention du Préteur : *Finge enim, post causam jam semel atque iterum tractatam, post nudata utriusque intima et secreta negotii aperta, arbitrum vel gratiæ dantem, vel sordibus corruptum, vel alia qua ex causa nolle sententiam dicere, quisquamne potest negare æquissimum fore, Prætorem interponere se debuisse, ut officium, quod in se recepit, impleret.*

(2) Ulp., *eod.*, 3, 3 : *Arbitrum cujuscumque dignitatis coget officio quod susceperit perfungi, etiamsi sit consularis.* Mais le Préteur ne peut user de contrainte à l'égard des magistrats en charge d'un rang égal ou supérieur (Paul, *eod.*, 4).

(3) Paul, 13 ad Ed., *eod.*, 32, 12.

(4) Ulp., *eod.*, 3, 2; 11, 2; Lab., ap. Ulp., *eod.*, 15; Jul., ap. Ulp., 9, 4.

(5) Ulp., 14 ad Ed., D., IV, 9, 1, 2; Lab., ap. Ulp., *eod.*, 1, 4.

(6) Pomp., ap. Ulp., 3, 1.

(7) Vivian., ap. Ulp., *eod.*, 1, 6 ; ap. Paul, 13 ad Ed., *eod.*, 4, 2; Pomp., 34 ad Ed., ap. Ulp., *eod.*, 1, 7 ; Gaius, 5 ad Ed. prov., *eod.*, 5 pr. : *Jumenta.*

(8) Pour l'hôtelier, on distingue le voyageur de passage (*qui hospitio repentino recipitur, veluti viator*) et celui qui *habitandi causa in caupona est.* L'édit s'applique uniquement au second cas (Paul, 6, 3; Ulp., D., XLVII, 5, 1, 6).

(9) P. 43, 3. Ulp., *eod.*, 1, 8. Voir le texte de l'édit : *eod.*, 1 pr.

(10) Gaius, *eod.*, 5, 1; Lab., ap. Ulp., *eod.*, 3, 1.

(11) Pomp., 3 pr. Cf. pour le maître d'hôtel ou d'écurie, Ulp., 3, 2; Paul, 4, 1.

(12) Cf. Lenel, *Z. Sav. St.*, 1892, XIII, 403.

sanctionnée par le Préteur au moyen d'une action *in factum* (1). Cette action, dans laquelle le pouvoir d'appréciation du juge paraît limité par une *taxatio* du Préteur (2), est *rei persecutoria*, perpétuelle et transmissible. Elle ne fait pas double emploi avec l'action *locati* ou avec l'action *depositi*, suivant que les parties ont traité à titre onéreux ou gratuit (3). Le Préteur a voulu assurer d'une manière efficace la sécurité des voyageurs, fort compromise aux derniers siècles de la République (4).

Indépendamment de l'action *de recepto*, les armateurs, etc., sont passibles d'une action *in factum* en raison du dommage causé *injuria* ou du vol commis par les gens à leur service (5) : ils sont en faute d'avoir choisi des personnes dont ils ne sont pas sûrs. Cette action entraîne une condamnation au double : elle est pénale, perpétuelle, mais non transmissible (6). L'armateur, le maître d'hôtel ou d'écurie, peuvent se soustraire à cette action, en avertissant (*prædicere*) les voyageurs qu'ils déclinent toute responsabilité pour les objets qui leur sont confiés (7).

§ 3. *Receptum argentariorum*. — Le *receptum argentariorum* est un pacte par lequel un banquier se charge, pour le compte d'un de ses clients, de payer à un tiers une valeur déterminée. Ce pacte diffère à plusieurs égards du constitut : 1° il est spécial aux banquiers ; 2° il peut avoir pour objet toute espèce de choses ; 3° il n'exige pas une dette préexistante ; par suite, il est obligatoire même si le banquier a cru par erreur être débiteur de son client ; le banquier est tenu, comme il le serait aujourd'hui, par l'acceptation d'une lettre de change ; 4° il s'applique toujours à la dette d'autrui : il n'y a pas de *receptum debiti proprii ;* 5° l'action qui le sanctionne est perpétuelle (8).

(1) Ulp., *eod.,* 3, 1 : *Ait Prætor ; nisi restituent, in eos judicium dabo.*

(2) Paul, 22 ad Ed., *eod.*, 6, 2 : *Cujus factum prætor æstimare solet.*

(3) Pomp., ap. Ulp., 14 ad Ed., *eod.*, 3, 4 ; 3, 1.

(4) Ulp., *eod.*, 1, 1 : *Et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt, coeundi, cum ne nunc quidem abstineant hujusmodi frandibus.* L'édit existait au temps d'Auguste : Labéon s'en est occupé.

(5) Paul, *h. t.*, 6 ; Ulp., 18, 38 ad Ed., *h. t.*, 7 ; 1 pr.

(6) Ulp., *eod.*, 7, 1, 4 et 5.

(7) Ulp., 18 ad Ed., *eod.*, 7 pr. : *Item si prædixerit ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se præstiturum, et consenserint vectores prædictioni.* Peuvent-ils de la même manière se soustraire à l'action *de recepto?* Les textes ne le disent pas, et l'on peut douter qu'il ait été permis d'échapper à une règle établie dans l'intérêt public.

(8) Theoph., IV, 6, 8 ; C., IV, 18, 2, 1. Faut-il ajouter que le *receptum argentariorum* est un contrat civil et solennel? On l'a prétendu en citant une constitution de Justinien (2 pr.) qui parle de *solemnia verba* à propos de ce *receptum.* Cette opinion est peu vraisemblable : 1° Le droit civil s'applique à tous les citoyens ; il ne pose pas de règles spéciales aux personnes exerçant une certaine profession. Il en

3. Pacte de serment. — L'ancien droit n'a connu qu'une sorte de serment extrajudiciaire : le serment *promissoire* (I, 390, II, 373, 2). A la fin de la République et sous l'Empire, on trouve deux autres applications du serment (1) : il sert tantôt à garantir l'exécution d'une charge imposée par un testateur à un héritier ou à un légataire, tantôt à attester l'exactitude d'un fait accompli pour mettre fin à un différend. On ne s'occupera ici que de cette dernière application. Les règles relatives au serment déféré au début ou au cours d'un procès (serment *nécessaire*, serment *judiciaire*) seront expliquées à propos de la procédure *in jure* ou *in judicio*.

Lorsqu'il existe un différend entre deux personnes, l'une d'elles peut proposer à l'autre de le trancher par un serment. C'est un moyen d'éviter les frais et les chances d'un procès (2) : il est usité en matière réelle, aussi bien qu'en matière personnelle ; on en trouve aussi des applications relatives à l'état des personnes (3). Cette proposition est faite ordinairement *extra judicium*, en dehors de tout procès ; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle intervienne devant le magistrat dans les cas où le serment nécessaire n'a pas d'application : elle n'en conserve pas moins son caractère *facultatif* (4).

est autrement de l'édit : on y trouve des règles particulières aux patrons de navire, aux maîtres d'hôtel ou d'écurie, aux *mensores* (D., XI, 6) ; une clause oblige les banquiers à produire leurs livres en justice. Rien de plus naturel que le Préteur ait sanctionné le *receptum* des banquiers comme il a sanctionné les deux autres variétés de *receptum ;* 2° les *solemnia verba* se rapportent à la formule de l'action *recepticia ;* ils ne peuvent fournir aucun indice sur le mode de formation du *receptum ;* 3° bien que Justinien ait fusionné le *receptum argentariorum* et le constitut, on retrouve au Digeste, dans les commentaires sur l'édit *de receptis*, quelques textes qui, dans leur forme actuelle, se rapportent au constitut, mais qui dans leur teneur primitive devaient s'appliquer au *receptum argentariorum* (Cf. Lenel, *Z. Sav. St.*, II, 62; *E. P.*, I, 148. Contra : Rosello, *Archivio giur.*, XLV, 1 ; Karlowa, II, 758). Tel est ce fragment où Paul parle d'un constitut qui aurait pour objet *decem et Stichum* (13 ad Ed., *eod.*, 12) : du temps de ce jurisconsulte, le constitut ne peut avoir pour objet un corps certain. Il y a donc tout lieu de croire que le *receptum* des banquiers, comme les autres *recepta*, est un pacte prétorien.

(1) Des lois d'époques très différentes ont exigé un serment spécial, soit de certains débiteurs insolvables (serment des *nexi :* t. Ier, p. 589; *jusjurandum manifestationis :* Nov., 135), soit pour tenir lieu de satisdation (*cautio juratoria :* C., XII, 1, 17 ; I, 49, 1, 1 ; Inst., IV, 11, 2).

(2) Gaius, D., XII, 2, 1 : *Maximum remedium expediendarum litium.*

(3) Jul., 9 Dig., *eod.*, 12 ; Ulp., *eod.*, 13, 1 ; 3, 1 ; 3, 3 ; 13 pr. ; Paul, 30, 4 ; Diocl., C., IV, 1, 6. Voir notre article jusjurandum (*Dict. des Antiq.*, V, 769).

(4) On a souvent prétendu que le pacte de serment est toujours extrajudiciaire, et l'on a invoqué en ce sens deux textes qui parlent du *jusjurandum quod ex conventione extra judicium defertur* (Paul, 18 ad Ed., *eod.*, 17 pr. Cf. Savigny, *Syst.*, VII, 84 ; Accarias, II, 623). Mais ces textes, dont l'un est dubitatif (*ibid.*, 28, 10), et où le mot *judicium* a été interpolé et substitué au mot *jus*, ne sauraient prévaloir sur les exemples cités par divers textes (Ped., ap. Paul, D., XII, 2, 30 pr. ; Jul..

La prestation effective du serment n'est pas essentielle : celui qui défère le serment peut en faire remise lorsqu'il voit son adversaire disposé à jurer. Il suffit que l'offre de prêter serment soit acceptée (1). Si la proposition est acceptée et le serment prêté (2), les parties sont tenues de se conformer à un engagement religieux librement contracté. Lorsque le respect de la religion commença à s'affaiblir, le Préteur jugea utile de sanctionner le serment *propter religionem et conventionem* (3). Il le sanctionna de deux manières : 1° par un refus d'action ou, en cas de besoin, par une exception (4); 2° en certains cas par une action *in factum*.

En matière personnelle, le serment prêté par le débiteur lui procure une exception pour écarter toute demande ultérieure en raison de la même dette. Cette exception peut être invoquée même par un codébiteur solidaire ou par un fidéjusseur : les Sabiniens considèrent la prestation du serment comme équivalente au payement (5). Le serment, prêté par le créancier, lui procure une action pour se faire payer ce qui lui est dû. Cette action est *in factum* : elle conduit au même résultat que l'action qu'elle remplace (6).

En matière réelle, le serment prêté par le possesseur lui confère toujours une exception pour écarter toute poursuite ultérieure du même adversaire; mais il n'aura une action contre lui, pour recouvrer la possession perdue, que s'il a juré *rem suam esse* (7) : la chose est à moi. S'il a juré *rem petitoris non esse* : la chose n'est pas au demandeur, il n'aura pas d'action contre lui en cas de perte de la possession, car *in pari causa potior est causa possidentis*. A l'inverse, le serment déféré par le possesseur et prêté par son adversaire confère à celui-ci une action pour se

ap. Ulp., 9, 6; Paul, 28, 6. Cf. Demelius, *Schiedseid und Beweiseid in röm. Civilprozess*, 1887, p. 44).

(1) Paul, *eod.*, 6.

(2) Le serment doit être prêté d'après la formule proposée par celui qui le défère (Ulp., *eod.*, 3, 4). Un rescrit d'Antonin le Pieux permet de jurer *propria superstitione* (*ibid.*, 5, 1). On discuta au IIIe siècle la question de savoir si l'on pourrait employer la formule de serment propre à une religion réprouvée par la loi (il s'agit sans doute de la religion chrétienne). Ulpien (5, 3) se prononce pour la négative.

(3) Ulp., 26 ad Ed., *eod.*, 25. L'édit de *jurejurando* existait au temps de Cassius (ap. Paul, *eod.*, 26, 1 ; 28, 1) et même de Labéon (ap. Pomp., *eod.*, 41).

(4) Ulp., *h. t.*, 7 pr. Lenel (*E. P.*, I, 169) pense qu'anciennement le Préteur procédait le plus souvent par voie de *denegatio actionis* ; sinon il insérait une *præscriptio* dans la formule. Cette *præscriptio* fut remplacée plus tard par une exception.

(5) Cass., Jul., ap. Paul, *eod.*, 28, 1; Gaius, 5 ad Ed. prov., *eod.*, 27.

(6) Ulp., 22 ad Ed., D., XII, 2, 11, 1 ; 9, 2. Sur la rédaction de la formule, cf. Lenel, *E. P.*, I, 170.

(7) Ulp., 22 ad Ed., *eod.*, 11, 1.

faire restituer la possession, mais cette action ne peut être invoquée que contre le possesseur actuel et ses ayants cause à titre universel. L'effet du serment, comme celui de toute convention, est strictement limité aux parties contractantes (1).

Le serment peut être déféré à un enfant aussi bien qu'à une femme : c'est à celui qui en prend l'initiative d'apprécier s'il convient de leur remettre la décision du litige. Mais le serment ne peut être déféré par une personne incapable d'aliéner (2), car le serment équivaut au payement.

La prestation du serment modifie profondément la situation respective des parties : pour obtenir gain de cause ou pour être protégé contre toute réclamation, il suffit à celui qui a juré de justifier du pacte et de la prestation du serment. C'est là une grande simplification au point de vue de la preuve : on n'a plus à discuter les titres de créance ou de propriété. On n'est même pas admis à prétendre que celui qui a prêté serment a commis un parjure (3) : l'autre partie a su à quoi elle s'exposait en acceptant une offre qu'elle était libre de décliner. Le serment a, sous ce rapport, une autorité plus grande que la chose jugée à laquelle on l'a comparé (4).

CHAPITRE VIII

Les délits.

I. Délits publics et délits privés. — On distingue deux sortes de délits : les délits privés et les délits publics (I, 334, 2). Les uns et les autres sont des actes illicites, mais les premiers portent atteinte à la personne ou aux biens d'un particulier, les seconds aux intérêts de l'État. Les uns et les autres sont réprouvés et punis par la loi en raison du trouble qu'ils causent directement ou indirectement à l'ordre social ; mais les délits publics seuls donnent lieu à un *judicium publicum* (5), à une poursuite criminelle, dans laquelle tout citoyen (*quivis ex populo*) a le droit et le devoir de se porter accusateur (6).

Les délits privés donnent lieu à une poursuite suivant les formes ordinaires de la procédure civile (*judicium privatum*).

(1) Ulp., 11 pr.; 9, 7; 13 pr.
(2) Paul, 26 pr.; 17, 1; 35, 1.
(3) Ulp., 9, 1; Carac., C., IV, 1, 1.
(4) Paul, D., XII, 2, 2; Gaius, *eod.*, 31; Ulp., D., XLIV, 5, 1 pr.
(5) *Dig.*, XLVIII, 1, 1 : *De publicis judiciis.*
(6) *Inst.*, IV, 18, 1. Cette poursuite fut d'abord exercée devant les comices, puis

L'État laisse à la victime le soin de l'exercer (1). Il lui abandonne aussi le profit de la peine pécuniaire encourue par l'auteur du délit. En cela les délits privés diffèrent encore des délits publics qui entraînent tantôt une peine corporelle ou une déchéance (perte de la cité ou de la liberté), tantôt une peine pécuniaire au profit du Trésor (2).

L'étude des délits doit être faite ici à un point de vue spécial : on les envisagera uniquement comme l'une des sources des obligations au profit d'un particulier. On n'aura donc pas à s'occuper des délits publics.

II. Obligations résultant des délits privés. — Les obligations, résultant des délits privés, ont pour fondement une violation de la loi ou de l'Édit, donc un fait actif et non une omission. Comme autrefois (I, 336), on assimile aux délits certains actes qui consistent dans l'inexécution d'une promesse : le Préteur, par exemple, traite comme un délinquant le dépositaire ou le commodataire qui ne restitue pas l'objet qu'il a reçu. C'est un vestige d'une époque où la loi intervenait plutôt pour réprimer des torts que pour assurer l'exécution des engagements (p. 350). Le nombre de ces actes a été en diminuant à mesure que la notion de contrat s'est développée (3).

vers la fin de la République et surtout depuis Sylla, devant des tribunaux spéciaux, composés d'un nombre plus ou moins grand de citoyens et présidés par un Préteur. Ces tribunaux institués par la loi et appelés à connaître chacun d'une catégorie particulière de délits, devinrent permanents et formèrent l'*ordo publicorum judiciorum* (cf. Paul, D., XLVIII, 1, 8) : on les appela *quæstiones perpetuæ*. Sous l'Empire, cette juridiction fut peu à peu délaissée : un grand nombre de délits publics furent jugés *extra ordinem* par l'empereur ou par ses délégués. Ce furent les *crimina extra ordinaria* (*Dig.*, XLVII, 11 : *De criminibus extraordinariis*) qui reçurent une large extension et finirent par absorber tous les délits publics.

(1) *Dig.*, XLVII, 1 : *De privatis delictis.*

(2) L'Etat se désintéresse en quelque sorte des délits privés, ou pour mieux dire il s'efface devant la victime. C'est une conséquence du système de la vengeance privée (I, 333-335), que l'on a maintenue malgré l'adoucissement des mœurs et l'affermissement de l'autorité de l'Etat. Sous l'Empire, la situation se modifia progressivement : l'Etat affirma son droit de réprimer tous les troubles apportés à l'ordre public. Dès lors le même acte, le vol, par exemple, constitue à la fois un délit public et un délit privé ; mais comme les peines ne peuvent se cumuler, la victime doit en principe choisir entre la poursuite civile et la poursuite criminelle (Ulp., 2 de off. proc., D., XLVII, 1, 3; Jul., 22 Dig., D., XLVII, 2, 57, 1). La règle souffre quelques exceptions (Paul, 5 Sent., D., XXXIX, 4, 9, 5. Cf. Mommsen, *Strafrecht*, p. 891-893). Il était réservé au droit moderne d'exclure de l'action civile toute idée de peine pour ne laisser subsister que celle de réparation du dommage. Dans ce système, il est permis d'intenter successivement l'action publique et l'action civile.

(3) Dans certains cas, l'obligation prend naissance sans qu'on ait à rechercher s'il y a une faute imputable au débiteur, *quasi ex maleficio* (p. 349, 5). Dans le cas où un juge *litem suam facit*, l'obligation peut résulter d'un dol du juge : mais ce n'est pas le cas normal, celui que le Préteur dans son édit et Gaius, dans son livre, avaient en vue (I, 438, 6).

Les obligations délictuelles ont toujours pour objet une peine pécuniaire. Dans l'ancien droit, certains actes illicites commis entre voisins donnaient lieu non pas à une peine mais à une réparation en nature (I, 334, 3; 352) : depuis l'introduction de la procédure formulaire, la condamnation devant, dans tous les cas, consister en une somme d'argent, il n'y a plus lieu de rechercher si la peine a le caractère d'un châtiment.

Toute personne, même un esclave, est capable de s'obliger par son délit (I, 367, 3) : il suffit qu'elle soit *doli capax* (p. 154, 3), ce qui exclut les fous et les impubères *infantes* ou *infantiæ proximi* (1). Une obligation délictuelle ne peut se former entre personnes soumises à la puissance d'un même chef (I, 372, 1). La *capitis deminutio* n'éteint pas l'obligation délictuelle (I, 371, 1). Enfin cette obligation est sanctionnée par une action pénale.

L'action pénale fait contraste avec l'action *rei persecutoria* qui sanctionne l'obligation contractuelle. L'une tend à infliger une peine pécuniaire au défendeur : cette peine est tantôt égale, tantôt supérieure au préjudice causé; plus ordinairement, elle consiste en un multiple de la valeur de ce préjudice. Dans tous les cas, elle appauvrit le patrimoine du défendeur et souvent enrichit celui du demandeur. L'action *rei persecutoria* tend à rétablir dans son intégrité le patrimoine du demandeur.

L'action pénale diffère à plusieurs égards de l'action *rei persecutoria* : 1° Celle-ci est transmissible ; l'action pénale ne l'est pas : elle s'éteint à la mort du délinquant (I, 698; 701, 1). 2° L'action *rei persecutoria* se donne *de peculio* contre le chef de famille en raison des engagements contractés par les personnes placées sous sa puissance et qui ont un pécule (p. 337, 4). L'action pénale se donne *noxaliter* (I, 373) en raison de leurs délits. 3° Si plusieurs personnes sont tenues d'une obligation solidaire, le payement fait par l'une libère les autres; l'action *rei persecutoria* ne peut être intentée qu'une fois. L'action pénale, au contraire, peut être exercée successivement contre chacun des codélinquants : la peine payée par l'un est la rançon du délit qu'il a commis, et ne libère pas les autres (2). 4° L'action pénale, étant donnée pour punir le délinquant et non pour indemniser la victime, peut se cumuler avec l'action en réparation du préjudice (3). On ne peut pas cumuler deux actions *rei persecutoriæ* tendant à

(1) Au Ier siècle, certains auteurs soutenaient encore que le fou devait réparation du *damnum injuria datum*. Pegasus fit écarter cette manière de voir (Ulp., D., IX, 2, 5, 2).
(2) Diocl., C., IV, 8, 1.
(3) Ulp., D., XIII, 1, 7, 1; Paul, de concurr. act., D., XLIV, 7, 34, 2.

réparer le même préjudice (1). — Le principe de l'intransmissibilité passive de l'action pénale a été atténué par application d'une règle introduite à la fin de la République pour les délits publics de péculat et de concussion (2), puis étendue progressivement aux délits privés sanctionnés par des actions pénales prétoriennes : les héritiers sont tenus dans la mesure de leur enrichissement (3). L'action donnée contre les héritiers est l'action même qui aurait été donnée contre leur auteur,

(1) Paul, *eod.*, 34, 1. La seconde action pourrait être exercée si elle était plus avantageuse que la première, mais seulement pour obtenir l'excédent. Paul, D., XLIV, 7, 41, 1 ; Ulp., D., XVII, 2, 43 ; 47 pr. On a cru trouver dans *Inst.*, IV, 6, 18, 19, le principe d'une distinction à établir parmi les actions pénales : les unes seraient purement pénales, les autres auraient à la fois pour objet la peine et la réparation du préjudice : ce seraient des *actions mixtes*. Aux premières seules s'appliqueraient les règles qui précèdent ; quant aux autres, on les observerait dans la mesure où ces actions sont pénales ; on les écarterait pour le surplus (Savigny, *System*, V, § 210, *c*). Mais cette conséquence n'est pas admise à l'époque classique : l'action de la loi Aquilia par exemple, qui est une action mixte dans le sens indiqué par Justinien, est traitée comme les actions pénales (elle est intransmissible passivement : Ulp., D., IX, 2, 23, 8; elle se donne *noxaliter* : Gaius, IV, 76; cf. t. Ier, 374, 3) ; elle peut être exercée contre chacun des codélinquants (Jul., ap. Ulp., *eod.*, 11, 2), sauf lorsqu'elle concourt avec une action *rei persecutoria* (Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 6, 7). Gaius, il est vrai, parle, lui aussi (IV, 9) d'actions mixtes, mais dans un sens tout différent : pour lui, l'action mixte est celle qui croît au double en cas d'*infitiatio*, quelle que soit d'ailleurs son origine délictuelle ou quasi contractuelle. — La distinction proposée par les Institutes n'a guère d'intérêt qu'au point de vue du concours des actions (p. 704); mais les textes relatifs au concours des actions sont pour la plupart interpolés ; on ne peut affirmer qu'ils expriment des règles admises pour le droit classique ; cf. Eisele, *Arch. f. Civ. Pr.*, 1892, LXXIX, 327.

(2) Comme plusieurs lois antérieures, la loi Julia *repetundarum* de 695 permet d'agir contre toute personne qui a profité de l'argent pris par le magistrat concussionnaire (Cic., *p. Rabir. Post.*, 4, 8, 9). La loi Julia *peculatus* et *de residuis* de César ou d'Auguste permet de poursuivre l'héritier de l'auteur du crime, alors même que l'accusation n'aurait pas été intentée du vivant du coupable. C'est une dérogation à la règle que les peines sont personnelles (Mod., 2 de pœn., D., XLVIII, 2, 20) ; elle se justifie, d'après Papinien, par cette idée qu'il s'agit ici surtout d'*ablatio pecuniæ* (36 Quæst., D., XLVIII, 13, 16). Il a paru inique de laisser aux héritiers le profit du détournement commis par leur auteur. Ils sont tenus en conséquence dans la mesure de leur enrichissement, *quod ad eos pervenit*. Mommsen (*Strafr.*, 772) pense que l'action était donnée contre les héritiers sans être restreinte à l'enrichissement ; ils auraient été tenus comme leur auteur. Il est vrai que le chap. 67 de la *lex Malacitana* permet, en cas de détournement des deniers municipaux, d'agir au double, soit contre l'auteur du délit, soit contre son héritier : mais c'est là une décision exceptionnelle. Cicéron (*loc. cit.; ad Fam.*, 8, 8) dit seulement *Quo ea pecunia pervenerit* (cf. Plin., *Ep.*, III, 9, 6). Labéon appliqua la règle nouvelle à l'action donnée par le Préteur contre les publicains en raison des objets qu'ils ont enlevés par violence (ap. Paul, D., XXXIX, 4, 4 pr.), à l'interdit *de opere restituendo* (ap. Ulp., D., XXXIX, 1, 20, 8), à l'action tributoire (D., XIV, 4, 9, 2; cf. p. 340). Sabinus l'étendit à tous les interdits (ap. Paul, D., XLIII, 1, 4) ; Cassius, à toutes les actions pénales honoraires (Paul, D., XLIV, 7, 35 pr.).

(3) L'héritier, dit Sabinus (ap. Paul, 11 ad Ed., D., IV, 3, 29), est tenu *calculi ratione potius quam maleficii*.

mais on y joint une clause pour restreindre la *condemnatio* (1).

Les délits privés, déjà fort nombreux dans l'ancien droit (I, 332), le sont plus encore en droit classique. Les uns sont réprimés par la loi, les autres par l'édit. Gaius et Justinien, dans les Institutes, n'ont pas jugé utile d'en donner l'énumération ni d'en faire connaître les particularités. Suivant leur exemple, on ne parlera ici que des obligations résultant des délits d'injure, de vol et de *damnum injuria datum*. On y joindra simplement les délits prétoriens de dol, de violence et de fraude envers les créanciers.

III. Injure. — La législation sur l'injure a reçu un développement assez considérable à la fin de la République et sous l'Empire. A cette époque, l'injure revêt les formes les plus variées (2). Pour l'atteindre dans ses manifestations multiples, on a édicté de nouvelles dispositions; pour mieux en assurer la répression, on a substitué aux peines pécuniaires fixes, établies par les Douze Tables, une peine laissée à l'appréciation des juges et, dans certains cas, une peine criminelle. Cette double réforme fut opérée par le Préteur (3) et, dans une moindre mesure, par la loi Cornelia *de injuriis* de 673, et par les constitutions impériales. La jurisprudence a complété et précisé l'œuvre du législateur en essayant de dégager la notion de l'injure.

§ 1er *Notion de l'injure.* — L'injure, que Labéon rapproche de l'ὕβρις du droit attique (4), suppose en général l'intention d'offenser quelqu'un (*contumelia*) (5). L'injure ne se conçoit pas de la part d'un fou, d'un impubère qui n'est pas *doli capax*, d'un magistrat dans l'exercice de ses fonctions, à moins qu'il ne dépasse la mesure (6). Il faut de plus que l'intention d'offenser se manifeste par un fait, en paroles ou en acte (*verbis aut re*).

L'injure verbale comprend, non plus seulement les propos offensants et les chants diffamatoires (I, 338), mais aussi le *convicium* (7), les clameurs (*vociferatio*) proférées dans un rassem-

(1) Ulp., 10 ad Ed., D., III, 6, 5 pr. Cf. Bekker, *Die Aktionen*, I, 175, 22. Parfois on donne une action *in factum* : Ulp., 69 ad Ed., D., XLIII, 16, 1, 43; 3, 18.

(2) Voir notre article injuria (*Dict. des Antiquités*, V, 519).

(3) L'édit contient huit clauses sur l'injure (cf. Lenel, *E. P.*, 320-321; *Z. Sav. St.*, XX, 31); la plupart sont antérieures à la loi Cornelia. Il en est une pour laquelle le Préteur s'est inspiré de cette loi (p. 121, 3). L'édit sur l'injure adressée à l'esclave d'autrui semble postérieur à Labéon (ap. Ulp., 57 ad Ed., D., XLVII, 10, 17, 2).

(4) Ap. Paul, *Collat.*, II, 5, 1.

(5) Ulp., *h. t.*, 3, 1; D., IX, 2, 5, 1. Il y a des cas où l'injure n'implique pas une *contumelia* : Paul, *loc. cit.*, 2. Labéon lui-même donne l'action d'injures contre celui qui a administré à une personne un médicament qui a égaré sa raison (ap. Ulp., 15 pr.; cf. Ulp., D., XLVIII, 19, 38, 5).

(6) Ulp., *h. t.*, 13, 1; Lab., ap. Ulp., 15, 39.

(7) Ulp., 77 ad Ed., *eod.*, 15, 4. Cf. le texte de l'édit *de convicio* : Ulp., 15, 2.

blement contre une personne déterminée, en vue de nuire à sa réputation. La présence de la victime n'est pas nécessaire, il suffit que le *convicium* ait lieu devant sa maison ou le lieu de sa résidence (1). Un Sc. du temps d'Auguste (2) a étendu aux écrits (*famosi libelli*) la règle sur les chants diffamatoires (3).

L'injure réelle comprend les coups et blessures (*pulsare*, *verberare*), la violation de domicile, les actes contraires aux convenances ou de nature à nuire à la réputation d'une femme, d'un garçon ou d'une jeune fille. Elle est prévue par la loi Cornelia et par l'édit (4).

La notion de l'injure a été étendue au cas où l'on a fait seulement le geste de frapper quelqu'un (5), où l'on a empêché une personne d'exercer ses droits (6). L'édit contient une clause générale par laquelle le Préteur promet l'action d'injures pour tout fait tendant à nuire à la réputation d'autrui (7).

§ 2. *Des personnes que peut atteindre l'injure.* — Anciennement, l'injure ne se concevait que pour un homme libre : lui seul pouvait se dire offensé (I, 339). L'injure commise à l'égard d'un esclave n'était punie que si l'on avait eu l'intention d'offenser son maître (8). Sous l'Empire, lorsque la personnalité de l'esclave commença à se dégager, le Préteur le protégea contre les injures graves commises par des tiers (9); Antonin le Pieux, contre l'injure grave commise par son maître (10).

(1) Ulp., 15, § 5, 7, 9, 11 et 12.

(2) Ulp., 56 ad Ed., *eod.*, 5, 10; Paul, 55 ad Ed., *eod.*, 6. Le Sc. est antérieur à la mort d'Horace (746) : l'*Art poétique* (V, 282-284) fait allusion au changement introduit dans la législation.

(3) Ce genre d'écrit était fort répandu à la fin de la République; on y avait recours pour déconsidérer des adversaires politiques et leur nuire auprès du public (Dio Cass., LXVI, 11). Qu'ils fussent anonymes ou signés d'un pseudonyme, il était difficile d'atteindre les auteurs ou éditeurs par les voies ordinaires de la procédure privée (Ulp., 5, 9-10). Auguste émit l'avis que les magistrats devraient rechercher ceux qui publieraient sous un pseudonyme des écrits ou des chants diffamatoires et appliquer aux coupables la loi *de majestate* (Suet., *Aug.*, 55; Tac., *Ann.*, I, 72; Paul, V, 4, 15).

(4) Ulp., 5, 2; 9, 4; Ofil., ap. Ulp., 5 pr., 1; Paul, 10; Gaius, III, 220.

(5) Ulp., *eod.*, 15, 1 : *Utili injuriarum actione tenetur.*

(6) Jul., 54 Dig., D., XIX, 1, 25 (cf. Jhering, *Actio injuriarum*, p. 42); Ulp., 15 ad Ed. pr., D., XLVII, 10, 24; 68 ad Ed., D., XLIII, 8, 2, 9.

(7) Le texte de l'édit est dans Ulp., 15, 25. Voir les exemples cités dans notre article injuria (*loc. cit.*, V, 520).

(8) Gaius, III, 222; Ulp., D., XLVII, 10, 15, 35; Mela, ap. Ulp., 15, 45.

(9) L'édit fait une distinction : celui qui aura battu de verges l'esclave d'autrui ou l'aura mis à la question sans l'ordre de son maître, sera, sauf exception, tenu de l'action d'injures ; le maître exercera l'action du chef de l'esclave. Pour toute autre injure le Préteur se réserve de procéder à une enquête, dans laquelle il tiendra compte de la qualité de l'esclave, et, suivant le résultat, il accordera ou refusera l'action (*Ibid.*, 15, 38 à 44). Voir le texte de l'édit dans Ulp., 15, 34.

(10) P. 129. Le maître qui injurie son esclave ne saurait être poursuivi en justice;

L'injure adressée à un fils de famille l'atteint personnellement en sa qualité d'homme libre ; en outre, elle rejaillit toujours contre son père. L'auteur de l'injure est donc tenu d'une double réparation : le père le poursuivra en son nom et au nom de son fils. Si le père est absent, le Préteur, pour ne pas laisser l'injure impunie, déroge au droit commun et autorise le fils à agir en justice (p. 121). L'injure adressée à une femme mariée rejaillit contre son mari et contre son père : l'auteur de l'injure s'expose ici à une triple poursuite (1). Enfin l'injure adressée à un mort est réputée atteindre ses héritiers (2).

§ 3. *Des personnes qui peuvent être poursuivies en raison d'une injure.* — C'est d'abord l'auteur de l'injure ; puis le complice, c'est-à-dire celui qui a donné mandat ou payé quelqu'un pour commettre le délit (3). Si l'auteur de l'injure est un esclave, le maître a la faculté de le livrer pour être battu de verges (p. 344, 7). Sinon, la poursuite doit, en vertu de l'édit, être exercée contre le maître : il est tenu ou de payer le montant de la peine fixée par le juge, ou de faire l'abandon noxal de l'esclave. Il en était probablement de même lorsque l'injure avait été commise par un fils de famille (4).

§ 4. *Répression des injures.* — La peine fixe de vingt-cinq as, édictée par les Douze Tables, n'était plus en rapport avec les conditions nouvelles de l'état social : elle était souvent illusoire (5). La coutume s'introduisit, entre gens d'honneur, de confier à un arbitre le soin de fixer le montant de la réparation (6). Le Préteur, s'inspirant de cette coutume, promit dans son édit de nommer des récupérateurs pour estimer les injures. L'innovation du Préteur fut appliquée à tous les cas d'injures (*edictum generale*), même à ceux qui donnaient lieu jadis à la

---

mais si l'injure est grave, le magistrat peut intervenir et, après enquête, faire vendre l'esclave sous la condition qu'il ne reviendra jamais au pouvoir de son ancien maître (Gaius, IV, 78 ; *Collat.*, II, 3, 5, 3). L'individu *in mancipio*, bien qu'assimilé à un esclave, peut exercer l'action d'injures contre celui qui temporairement est son maître (I, 186, 1). Le fils émancipé ne peut reprocher une injure à son père, l'affranchi à son patron, si elle n'est atroce (Ulp., *h. t.*, 7, 2 et 3).

(1) Nerat., 5 Membran., D., XLVII, 10, 41 ; Ulp., 42 ad Sab., *eod.*, 30, 1 ; Alex., C., IX, 35, 2. — Gaius, III, 222.

(2) Ulp., 1, 4. Exemples : injure à la mémoire du défunt (Lab., ap. Paul, 27), à ses obsèques (Ulp., 1, 6) ; arrêt du cadavre (Jul., ap. Ulp., *eod.*).

(3) Ulp., 15, 2 ; 11 pr. Proc., *eod.*, 11, 4-5 ; cf Atilicin., 11, 6.

(4) T. Ier, 369. Ulp., *eod.*, 17, 4-5. Cf. Jul., 45 Dig., *eod.*, 36.

(5) Voir l'anecdote de L. Veratius (Lab., ap. Gell., XX, 1, 13).

(6) Paul, V, 4, 7 : *Moribus (introducta est injuriarum actio) quoties factum pro qualitate sui arbitrio judicis æstimatur.* En cela consiste l'analogie signalée (p. 110, 1) entre l'action d'injures et l'action *rei uxoriæ*. Il ne s'ensuit pas que celle-ci soit, comme la première, une action pénale : elle en diffère en ce qu'elle implique des prestations réciproques (p. 739, 1).

peine du talion. Il y eut dès lors à côté de la peine civile une peine honoraire, à côté de l'action civile, qui tomba en désuétude, une action prétorienne que les interprètes appellent souvent *æstimatoria* (1). Cette action est *in bonum et æquum concepta*, intransmissible activement et passivement; elle survit à la *capitis deminutio* (2).

L'estimation de l'injure était assez délicate : l'injure atteint la victime dans sa personne, dans son honorabilité, et non dans son patrimoine. On doit tenir compte du rang social de l'offensé, de la considération dont il jouit; même pour l'injure adressée à un esclave, il y aura des degrés dans la condamnation (3). On doit aussi rechercher si l'injure est atroce. Une injure est atroce en raison du fait (coups ou blessures), du lieu où elle a été commise (théâtre, forum), de la qualité de l'offensé (magistrat, sénateur, père, patron) (4). L'injure atroce est plus sévèrement punie que l'injure simple; et il y a des cas où l'injure n'est punie que si elle est atroce. — Le plaignant doit indiquer d'une façon précise l'injure qu'il a subie (5), et le montant de la réparation qu'il désire obtenir, mais les juges ont la faculté d'en réduire le chiffre. Si l'injure est atroce, l'estimation en est faite indirectement par le Préteur lors du *vadimonium* (p. 746). Le juge, par déférence pour le magistrat, se conforme en général à cette estimation (6).

D'après l'édit, la condamnation pour injures, lorsque le défendeur a plaidé en son propre nom, entraîne la perte du droit de postuler pour autrui (7).

L'action d'injures ne peut être intentée que dans l'année du délit (8). Elle s'éteint, d'après les Douze Tables, par un simple pacte. On attribue le même effet à la transaction et au serment (9). Celui qui tout d'abord a dédaigné l'injure, ne peut après coup se raviser et en demander réparation (10).

(1) Lab., *loc. cit.* Lenel (*E. P.*, 321, 4) pense que cette action remonte au temps de Plaute (*Asin.*, 354). L'édit date sûrement de la République (Serv., D., XLVII, 10, 15, 32; Cic., *ad Her.*, II, 26; IV, 25).

(2) Ulp., 11, 1; 13 pr. et 28; Mela, 17, 2; Gaius, IV, 112; Jul., ap. Ulp., 17, 22.

(3) Inst., IV, 4, 7.

(4) Lab., ap. Ulp., 7, 8; Gaius, III, 225. La place de la blessure rend parfois l'injure atroce : si l'on est frappé sur l'œil (Paul, *h. t.*, 8).

(5) Lab., ap. Ulp., 7, 4; Ulp., 7, 2 et 3. T. Ier, 340, 3.

(6) Gaius, III, 224; Paul, *Collat.*, II, 6, 1.

(7) P. 76, 5; 748, 4; Paul, 5 ad. Ed., *h. t.*, 14.

(8) Diocl., *C. J.*, IX, 35, 5.

(9) Paul, 3 ad Ed., D., II, 14, 17, 1; Ulp., *h. t.*, 11, 1. L'usage du serment a été introduit par la loi Cornelia : Sab. ap. Ulp., *h. t.*, 5, 8.

(10) L'action d'injures ne doit pas être exercée à la légère : le défendeur a le droit d'intenter simultanément contre son adversaire un *contrarium judicium* (p. 761, 4).

Sylla trouva insuffisante la répression de certaines injures. Il fit établir pour les cas les plus graves (coups et blessures, violation de domicile) une sorte d'action publique (1), et si les deux parties étaient des hommes libres, l'affaire était soumise à un jury analogue à celui des *quæstiones perpetuæ* (2) ; mais le droit de poursuite n'appartenait pas à tout citoyen : il était réservé à la victime de l'injure (3). Caracalla permit d'opter, dans les cas prévus par la loi, entre l'action prétorienne et l'action criminelle (4). Vers la fin de l'époque classique, on put choisir entre l'action prétorienne et une poursuite *extra ordinem* (5).

IV. Vol. — § 1er. *Notion.* — La notion du *furtum* est plus large que dans l'ancien droit. Elle comprend le *furtum rei* (I, 340), le *furtum usus* et le *furtum possessionis.*

Le *furtum rei* implique toujours l'appréhension de la chose d'autrui (6) contrairement au droit, et en vue de se l'approprier (7). Le voleur a en général l'intention de réaliser un gain (*lucrum facere*), mais il n'est plus nécessaire que ce soit d'une manière durable (I, 341, 5) : celui qui s'empare d'une chose pour en faire cadeau à autrui est un voleur (8). Il n'est pas nécessaire non plus que l'on tire un profit direct de l'objet volé (vol d'un titre de créance, des tablettes d'un testament) (9).

La notion du *furtum rei* est d'ailleurs plus large que celle du vol en droit moderne : elle comprend non seulement la sous-

(1) La question a été discutée, mais il paraît difficile de contester l'existence de l'action publique en présence des textes qui opposent l'action *ex lege Cornelia* à l'action civile (Ulp., 7, 6; Marcien, 37, 1) et à l'action prétorienne (Ulp., 5, 6), et qui parlent de *recipere reum* (Venul., 2 de jud. pub., D., XLVIII, 2, 12, 4; Cic., *p. Cæc.*, 12). Cf. Voigt, *Rg.*, I, 706 ; Pernice, *Labeo*, II, 14 ; Mommsen, *Strafr.*, 801.

(2) Cf. les causes d'exclusion de certains jurés (Ulp., *h. t.*, 5 pr.).

(3) Paul, 8 ad Ed., D., III, 3, 42, 1 : *Etsi pro publica utilitate exercetur, privata tamen est.* D'après Mommsen (*Strafr.*, 804), la peine devait consister en une amende dont le montant était fixé par le demandeur. La loi Cornelia n'était pas applicable aux esclaves : ils étaient punis *extra ordinem* (Venul., D., XLVII, 2, 12, 4).

(4) Ulp., D., XLVII, 10, 7, 6; Hermog., 5 *Ep.*, 45 ; *Inst.*, IV, 4, 10.

(5) Celle-ci était de règle dans les cas où l'action prétorienne eut été inefficace, lorsque l'auteur de l'injure était déjà noté d'infamie ou trop pauvre pour payer une amende (Ulp., 35). La peine variait suivant les personnes : les *humiliores* étaient condamnés à la bastonnade; les *honestiores*, à un exil temporaire; les esclaves étaient flagellés, et, si l'injure était atroce, condamnés aux mines (Hermog., *loc. cit.*). — Sous l'Empire, les injures qui étaient autrefois justiciables du tribunal domestique, celles des enfants envers leurs parents, des affranchis envers leurs patrons, sont déférées au préfet de la ville à Rome, aux gouverneurs dans les provinces (Ulp., D., XXXVII, 15, 1, 2 ; D., L, 16, 9, 3 ; Valer., C., VIII, 47, 4).

(6) Il n'y a pas vol lorsque *nullum corpus intervenit, quod furandi animo contrectaretur* (Pomp., 21 ad Q. Muc., D., XLVII, 2, 75).

(7) Il n'y a pas vol si l'on s'empare d'un objet pour le jeter dans la mer (Pomp., ap. Ulp., 41 ad Sab., D., XIX, 5, 14, 2).

(8) Paul, 39 ad Ed., D., XLVII, 2, 1, 3; Gaius, 13 ad Ed. prov., 55, 1.

(9) Lab., ap. Ulp., 41 ad Sab., 31, 1 ; 27 pr., 2, 3; Pomp., D., IX, 2, 41, 1.

traction frauduleuse de la chose d'autrui, mais aussi l'abus de confiance commis par un commodataire, dépositaire, locataire (I, 340, 8) et certains cas d'escroquerie, par exemple lorsqu'une personne se présente comme héritière du créancier pour se faire payer ce qui ne lui est pas dû (1). On a même considéré comme un *furtum* l'acceptation consciente d'un payement indû (p. 503).

Le *furtum usus* consiste à se servir de la chose d'autrui contrairement à la volonté du propriétaire : tel serait le cas du commodataire qui conduirait le cheval prêté sur une autre route que celle dont on était convenu, ou qui lui ferait faire une plus longue course. L'action *furti* fut ici donnée dès le commencement du VIIe siècle (2).

La notion du *furtum possessionis* (3) procède d'une idée différente : ce n'est plus le propriétaire que l'on entend protéger, mais toute personne ayant intérêt à conserver la possession comme un créancier gagiste, ou un possesseur de bonne foi, ou même un *juris possessor* (usufruitier, usager) (4). On les protège contre le propriétaire lui-même (5).

§ 2. *Sanction du vol.* — Le *furtum* donne naissance à une obligation sanctionnée par une action pénale. Cette action tend à une peine capitale (6) si le vol est manifeste (I, 341), à une peine pécuniaire du double si le vol est non manifeste (I, 342).

Cette sanction a paru trop rigoureuse dans le premier cas, et dans le second insuffisante lorsque le vol avait eu lieu avec violence. L'édit du Préteur a, sous ces deux rapports, amendé le droit civil : en cas de vol manifeste, il a substitué à la peine capitale une peine pécuniaire du quadruple (7). Quant au vol

(1) PAP., 12 Quæst., D., XLVII, 2, 80, 6.
(2) PROC., ap. POMP., D., XII, 4, 15. BRUT., Q. MUC., ap. GELL., VI, 15.
(3) SCÆV., ap. ULP., 38 ad Ed., D., XLVII, 4, 1, 15.
(4) L'idée d'accorder l'action *furti* à un autre qu'au propriétaire apparaît dans Servius, mais l'application qu'il en fit à un voleur volé eut peu de succès (ap. POMP., 38 ad Q. MUC., D., XLVII, 2, 76, 1). Labéon l'appliqua au créancier gagiste (ap. POMP., 18 ad Sab., D., XIII, 7, 3 ; SAB., ap. ULP., 11 ad Ed., *eod.*, 36 pr. ; CASS., ap. PAUL, 54 ad Ed., D., XLI, 3, 4, 21 ; ULP., 29 ad Sab., 12, 2), Javolenus au possesseur de bonne foi (D., XLVII, 2, 74 ; GAIUS, III, 200), Julien à l'usufruitier (p. 277, 4), Ulpien à l'usager (D., XLVII, 2, 46, 3). Cf. p. 643.
(5) Théophile (*ad* IV, 1, 1) entend autrement le *furtum possessionis* : ce serait le cas d'une interversion de possession par un créancier gagiste ou un dépositaire. Cette conception paraît confirmée par CELS., D., XLVII, 2, 67 pr.; SAB., ap. GELL., XI, 18 : elle remonte sans doute à l'époque où l'on distingua la possession de son objet; quelques jurisconsultes traitèrent comme un *furtum possessionis* certains cas de *furtum rei*, mais cette distinction ne se retrouve pas dans les autres textes (PROC., D., XVII, 1, 22, 7; JUL., D., XLVII, 2, 52, 16; DIOCL., C., VI, 2, 12). Cf. FERRINI, *Archiv. giur.*, XLVII, 432.
(6) Sur la nature de cette peine, cf. MOMMSEN, *Strafr.*, 751.
(7) Cette innovation est antérieure à Quintilien (VII, 6 : *Fur quadruplum solvat;*

commis avec violence (1), il en a fait un délit spécial en créant l'action pénale (2) *vi bonorum raptorum* qui est donnée au quadruple dans l'année et, après l'année, au simple, et qui entraîne l'infamie (3). Si le délit a été commis par une bande d'esclaves, le maître est passible d'une action noxale (4).

Indépendamment de l'action pénale, la victime du vol peut, comme tout propriétaire dépossédé, exercer l'action *ad exhibendum* et la revendication pour recouvrer sa chose. Elle peut même, si elle le préfère exercer une action *rei persecutoria* (5) créée en haine des voleurs, la *condictio furtiva* (6). Cette action

cf. VII, 4, 44) et peut-être à Caton (ap. Gell., XI, 18 : *Fures... privatorun furtorum in nervo atque in compedibus ætatem agunt*). Ces mots désignent sans doute l'exécution sur la personne contre le voleur insolvable. L'innovation a dû, tout au moins, suivre de près la règle admise pour le vol avec violence : si l'on se contentait dans ce dernier cas de la peine du quadruple, il était difficile d'appliquer au voleur manifeste une peine capitale. Karlowa (II, 1329) fait remonter l'innovation au temps de Plaute. *Contra :* Voigt, *Rg.*, I, 712.

(1) On attribue généralement la création de l'action *vi bonorum raptorum* à M. Lucullus Licinianus qui fut préteur pérégrin en 678 (Ascon., *in tog. cand.*, p. 75; cf. Wehrmann, *Fasti prætorii*, 36. Sur la question de savoir à quel titre Lucullus a introduit dans son édit une action qui intéressait surtout la *provincia urbana* et qui, quatre ans plus tard, lors du plaidoyer de Cicéron *pro Tullio*, figurait dans l'édit du préteur urbain, cf. Voigt, *Rg.*, I, 721, 18). Ulpien rapporte en effet le texte d'un édit visant à la fois le dommage et le vol avec violence (*loc. cit.*, 2 pr.). Or Cicéron attribue à Lucullus la création de l'action *de damno quod vi per servos datum est* (*P. Tull.*, 2). Il est, dit-on, probable que le même Lucullus est l'auteur de l'action destinée à réprimer le vol avec violence (Girard, p. 412). C'est une conjecture. Le délit dont parle Cicéron n'est autre que le délit de la loi Aquilia commis avec des circonstances aggravantes : il est toujours qualifié *damnum datum*. Une seule fois, en énumérant les actes de violence commis par les bandes d'esclaves, Cicéron parle de *rapinæ* (*l. c.*, 11) : en dévastant les propriétés, les esclaves s'emparaient de ce qui était à leur convenance. Puis le texte d'Ulpien contient des incorrections qui le rendent suspect : triple répétition de *dicetur ;* au § 12 : *ex coactis... damnum datum.* De même (4, 6) : *de damno loquitur... quod raptum.* Il est donc vraisemblable que Lucullus s'est occupé uniquement du délit dont parle Cicéron, et qu'un préteur subséquent, en a élargi la portée, en visant le délit commis isolément ou collectivement par des hommes libres ou par des esclaves, et en distinguant l'action *damni hominibus coactis dati* et l'action *vi bonorum raptorum* (Cf. Cohn, *Röm. Vereinsrecht*, 187 ; Voigt, *Rg.*, I, 723). Lenel (*E. P.*, 318) tient pour certain qu'il y eut deux actions distinctes. Sur les altérations subies par le texte primitif de l'Edit, Karlowa, II, 1340.

(2) Gaius, IV, 8 *: Secundum quorumdam opinionem.* Justinien la range parmi les actions mixtes.

(3) Paul, D., XLVII, 8, 1 ; Valer. Gall., C., IX, 33, 2; Gaius, IV, 182.

(4) P. 344, 7. Ulp., 56 ad Ed., D., XLVII, 8, 2, 16.

(5) Ulp., D., XIII, 1, 7, 2. La *condictio furtiva* se donne contre les héritiers, contre le chef de famille *de peculio* (Lab., ap. Ulp., D., XV, 1, 3, 12), mais non contre l'esclave affranchi (Cels., D., XIII, 1, 15). S'il y a plusieurs voleurs, le payement fait par l'un libère les autres (p. 330, 1).

(6) Cette action, dont le caractère anormal et l'objet ont été signalés (I, 348 et 349), a été admise (*recepta*, Gaius, IV, 4) à une époque où la loi ne protégeait que le propriétaire de l'objet volé : lui seul, dit Ulpien (*eod.*, 1), peut intenter la *condictio furtiva.* Ariston proposa de l'accorder au créancier gagiste (ap. Ulp., 38 ad Ed., 12, 2), mais il ne paraît pas qu'on l'ait étendue à d'autres cas de *furtum possessionis.*

a l'avantage de faire obtenir la plus haute valeur de la chose depuis le vol; elle met les risques à la charge du voleur qui est responsable des détériorations ou même de la perte fortuite comme un débiteur en demeure (1).

En cas de *furtum usus,* la victime du vol peut aussi exercer l'action contractuelle pour demander compte de l'inobservation des clauses du contrat (2).

V. Damnum injuria datum. — D'après l'article 1382 du Code civil, « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. » Il n'existe pas en droit romain de formule aussi simple et aussi générale pour assurer la réparation des dommages injustement causés à autrui. Le droit classique est arrivé cependant, soit par des extensions successives de la loi Aquilia, soit par application de l'action de dol, à atteindre tous les dommages qui impliquent la destruction ou la détérioration d'une chose et ceux qui ont été causés par dol (3).

Il n'y a qu'une catégorie de dommages qui n'aient pas été réprimés, du moins d'une manière générale : ceux qui résultent d'une simple faute, bien entendu en dehors des rapports con-

Lorsque le Préteur eut distingué le vol simple du vol avec violence, la peine du quadruple parut suffisante pour punir le voleur et réparer le préjudice causé. Sabinus le premier semble avoir admis la *condictio* à côté de l'action *bonorum vi raptorum.* (Sab., Cels., ap. Ulp., D., XIII, 3, 2; Jul., ap. Ulp., D., XIII, 1, 10, 1; Gaius, IV, 8).

(1) *Veteres*, ap. Tryph., D., XIII, 1, 20; Ulp., *eod.*, 8, 1 : *Semper enim moram fur facere videtur.* La revendication a aussi des avantages (p. 705, 5).

(2) Les règles qui précèdent sur la répression du vol ont perdu, sous l'Empire, une partie de leur caractère pratique (Gell., XI, 18, 10). L'action civile s'imposait bien encore pour certaines affaires (*Fures diurni :* Ulp., *Coll.*, VII, 4, 1; Marc., 2 jud. pub., D., XLVII, 17, 2; vol de troupeaux, à l'exclusion de l'abigeat : *ad examinationem civilem remittendus est.* Saturn., ap. Ulp., 8 de off. proc., D., XLVII, 14, 1, 4). mais pour les autres on préférait agir au criminel. Pour les *furta domestica*, commis par un esclave, affranchi, client, mercenaire, on n'admet ni *actio furti*, ni poursuite criminelle (Paul, D., XLVII, 2, 90; Marc., D., XLVIII, 19, 11, 1) : on a recours, comme pour ceux qui n'ont pas les moyens de payer la peine pécuniaire, à une *coercitio extraordinaria* (Ulp., D., XLVIII, 19, 1, 3; cf. D., II, 1, 7, 3). Depuis qu'Auguste avait confié au préfet de la ville le soin de veiller à la sécurité publique et le pouvoir de punir les criminels *extra ordinem*, la poursuite criminelle du *furtum* devint d'un usage courant (Voir l'énumération des cas où le vol donnait lieu à une poursuite criminelle dans Voigt, *Rg.*, II, 972, et Mommsen, *Strafr.*, 777). La répression fut assurée ici par voie administrative et de police en attendant qu'elle revêtit, avec le développement du pouvoir législatif des empereurs, un caractère légal.

(3) Par exception, l'édit *de aleatoribus* refuse toute action à celui qui tient une maison de jeu lorsqu'il est victime d'un délit (blessures, vol, dommage) commis par un joueur. Il refuse également toute action pour les engagements contractés par les joueurs. Enfin, il permet de répéter les sommes perdues au jeu (Ulp., 23 ad Ed., D., XI, 5, 1 pr.; Paul, 19, 71 ad Ed., *eod.*, 4, 2; D., XLIV, 5, 2, 1). Cet édit a remplacé la *lex alearia* (Plaut., *Mil. glor.*, II, 2, 9) qui punissait les joueurs (Ps. Asc., in *Divin.*, 24).

tractuels. L'article 1382 est donc le résultat d'un long développement du droit : en voici les phases principales.

§ 1er. *Notion première du « damnum injuria datum ».* — L'attention du législateur antique s'est portée, comme il arrive d'ordinaire, sur des cas particuliers (I, 361, 1 ; 584). Des règles posées par la loi Aquilia, la jurisprudence a dégagé la notion du *damnum injuria datum* (1). Cette notion, restreinte aux dommages prévus par cette loi, est fort étroite :

1° Elle comprend uniquement les dommages consistant à détruire ou à détériorer la chose d'autrui (2). L'auteur du délit n'a pas, comme dans le *furtum,* l'intention d'en retirer un profit. 2° Le dommage doit résulter d'un fait actif imputable à faute (3) et non d'une simple négligence (4). 3° Le dommage doit être causé *corpore corpori* (5). Il doit être le résultat immédiat de l'acte accompli par l'auteur du délit : si j'excite un chien à mordre l'esclave d'autrui, le dommage n'est pas causé *corpore meo* (6). Il doit aussi être le résultat immédiat de l'atteinte portée à la chose d'autrui : si j'enferme un animal dans un lieu où il meurt de faim, le dommage n'est pas causé *corpori* (7). 4° La loi Aquilia ne protège que le propriétaire de la chose.

§ 2. *Extensions dues à la jurisprudence.* — 1° Quant aux personnes qui peuvent demander la réparation du dommage. Ce n'est plus le propriétaire seul, mais aussi le titulaire d'un droit réel (usufruitier, usager, créancier gagiste) ou un possesseur de bonne foi (8). Un simple créancier ne pourrait agir en vertu de la loi Aquilia (9) ; mais on vient à son secours au moyen de l'action de dol (10). Les pérégrins eux-mêmes peuvent exercer

(1) L'expression se trouve dans Cicéron (*p. Rosc. com.*, 11 ; *Brut.*, 34 ; *p. Tull.*, 10).

(2) On assimile à la destruction d'une chose corporelle l'acceptilation d'une créance par l'*adstipulator* (I, 585).

(3) P. 464, 1. Ulp., 42 ad Sab., D., IX, 2, 44 : *Etiam levissima culpa venit;* Q. Muc., ap. Paul, 10 ad Sab., D., IX, 2, 31 : *Culpam autem esse quod cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum.* On est exempt de faute lorsqu'on a averti les tiers du danger qu'ils vont courir. *Cave* (Cic., *De or.*, II, 69, 279) ; *Cave canem* (*C. I. L.*, X, 877 ; Varr., ap. Non., 152, 32 ; Petr., *Sat.*, 29); *Fœnum habet in cornu, longe fuge* (Hor., *Sat.*, I, 4, 34).

(4) Jul., D., VII, 1, 13, 2 : *Fructuarius... qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur.*

(5) Gaius, III, 219 ; Inst., IV, 3, 16 ; Jul., 86 Dig., *h. t.*, 51 pr.

(6) Jul., ap. Ulp., 18 ad Ed., *eod.*, 11, 5.

(7) Nerat., ap. Ulp., *eod.*, 9, 2.

(8) Ulp., *eod.*, 11, 6, 8 et 10 ; 17 pr.; Paul, 12, 30, 1. Celsus (27, 14) ajoute le colon, mais, suivant Pampaloni (*Bull. di d. R.*, III, 281), ce texte serait interpolé.

(9) Julien refuse l'action au commodataire (ap. Ulp., 11, 9), Ulpien, à l'acheteur, mais celui-ci pourra demander au vendeur de lui céder son action (D., XIX, 1, 13, 2).

(10) Paul, D., IV, 3, 18, 5. Cf. en ce sens Vangerow, III, 581 ; Ferrini, *Riv. ital. per le Sc. giur.*, XII, 180. *Contra :* Dernburg, II, 356, 15.

l'action de loi Aquilia à titre d'action fictice. Le Préteur leur attribue fictivement la qualité de citoyens romains, par une clause spéciale insérée dans la formule (p. 64, 1).

2° Quant à la manière dont le dommage a été causé. Il n'est plus nécessaire qu'il ait eu lieu *corpore :* il suffit qu'il ait été causé *corpori* (1) ; tel serait le cas où l'on aurait donné à un esclave un poison à la place d'un médicament (2).

3° Quant à la nature de l'objet détruit ou détérioré. La loi Aquilia ne visait, dans le principe, que les objets mobiliers (3). Mais la jurisprudence l'a de bonne heure appliquée aux immeubles aussi bien qu'aux meubles. Celui dont la propriété foncière avait été endommagée (4) ou détruite (5) par un tiers put dès lors

(1) C'est une question discutée que celle de savoir si l'on a toujours exigé une *rei corruptio.* Il y a en effet quelques cas où l'on donne une action *in factum* de la loi Aquilia, sans qu'il y ait à vrai dire *rei corruptio :* une personne jette dans la mer un objet qui m'appartient, mélange du sable à mon blé de manière à rendre la séparation difficile (Gaius, III, 219 ; Ulp., D., IX, 2, 27, 20 ; Paul, 30, 2 ; Lab., ap. Ulp., 37 ad Ed., D., XLVII, 2, 50, 4 ; Gaius, 13 ad Ed. prov., *eod.*, 51). Doit-on généraliser et dire que le dommage, qui n'est causé ni *corpore* ni *corpori*, donne toujours lieu à une action *in factum* de la loi Aquilia ? Cela est douteux, car dans les cas précités le dommage est le même que si la chose avait été détruite ou détériorée (cf. Vangerow, III, 583). Dans les autres hypothèses, on a prétendu qu'il y avait lieu à une action *in factum* ordinaire tendant à indemniser le demandeur du préjudice qu'il a subi au jour du délit, et qui par suite n'offrait pas à la victime les avantages de l'action de la loi Aquilia. On a appuyé cette distinction sur *Inst.*, IV, 3, 16, où l'on oppose l'action *in factum* à l'action utile (Accarias, II, 513 ; Voigt, *Rg.*, II, 964, 35 ; Karlowa, II, 1337). Mais le texte des Institutes ne saurait être pris à la lettre : il serait en contradiction avec les textes classiques. Pomponius appelle *in factum accommodatas legi Aquiliæ* les actions données par le Préteur pour combler les lacunes de la loi. Gaius qualifie ces mêmes actions *utiles* (Pomp., 39 ad Q. Muc., D., XIX, 5, 11 ; Gaius, III, 219). Le texte des Institutes contient donc une modification incorrecte du passage correspondant de Gaius. Cf. Lenel, *E. P.*, I, 232 ; Dernburg, II, 353, n. 4.

(2) Proc., Cels., ap. Ulp., 7, 3 et 6 ; Jul., ap. Ulp., 11, 5 ; Ulp., 29, 5.

(3) Si elle s'était occupée des immeubles, Ulpien n'aurait pu dire qu'elle a abrogé les lois antérieures, car les actions tendant à réprimer les torts causés à la propriété foncière, subsistent (I, 584, 1).

(4) Le dommage, causé par un animal qu'on a laissé paître dans le champ d'autrui au temps de la récolte est réprimé soit d'après la loi des Douze Tables, par l'action *de pastu* (I, 359, 7), soit d'après la jurisprudence classique, par l'action *legis Aquiliæ.* On ignorait jusqu'ici quel était l'objet de l'action *de pastu :* certains auteurs considéraient cette action comme une action noxale (I, 360, 1). Nous avions combattu cette opinion et conjecturé que l'action *de pastu* donnait lieu à l'application d'une peine et non à la réparation du dommage. Une inscription, récemment découverte en Algérie, a confirmé notre conjecture : l'esclave qui a fait paître ses brebis sur le champ d'autrui contre le gré du propriétaire et à l'insu de son maître est puni sévèrement par le gouverneur de la province ; s'il a agi sur l'ordre de son maître, celui-ci devra payer une amende égale à la valeur de l'esclave augmentée de cinq cents deniers (*Rev. archéol.*, 1894, I, p. 413, n° 61). L'inscription d'Henchir-Snobbeur contient un fragment d'un rescrit impérial réglementant l'exercice de l'action *de pastu;* elle est datée du consulat d'Acilius Glabrio. Un consul de ce nom fut en charge en 152 ; un autre le fut pour la seconde fois en 188.

(5) Celui qui abat sans droit un arbre (Ulp., D., XLVII, 7, 3) appartenant à

choisir entre l'action résultant des Douze Tables et l'action de la loi Aquilia.

La loi Aquilia supposait un dommage causé à une chose ayant une valeur vénale et susceptible d'être l'objet d'un droit de propriété, comme un esclave. La jurisprudence étendit l'application de la loi au cas où le *corpus læsum* est celui d'un homme libre (1). Elle l'étendit également au cas où l'on a détruit, sans avoir l'intention d'en profiter, un acte instrumentaire (testament, *cautio*), pourvu qu'on n'ait pas d'autre moyen de preuve, sans quoi il n'y aurait pas dommage (2).

§ 3. *Sanction du* damnum injuria datum. — D'après la loi Aquilia, l'auteur du délit est obligé à payer une somme égale à la plus haute valeur que la chose détruite ou détériorée a eue dans l'année ou dans les trente jours qui ont précédé le délit (I, 585) (3).

L'action, qui sanctionne cette obligation, présente les caractères de l'action pénale : elle est noxale, intransmissible passivement (4); elle survit à la *capitis deminutio* (I, 371, 1). S'il y a plusieurs codélinquants, elle se donne pour le tout contre chacun d'eux, et le payement fait par l'un ne libère pas les autres (5).

L'action de la loi Aquilia se présente à l'époque classique sous deux formes : comme *action directe* dans les cas prévus par la

autrui est passible, soit de l'action au double *arborum furtim cæsarum* substituée par le Préteur à l'action *de arboribus succisis* (I, 350-2), soit de l'action *legis Aquiliæ*. On peut même intenter contre lui les deux actions successivement, mais on ne pourra obtenir par la seconde que ce qu'elle a de plus avantageux (Treb., ap. Paul, 9 ad Sab., *eod.*, 1). L'incendie volontaire donne lieu, d'après les Douze Tables, à une peine criminelle (I, 358, 3). La loi Aquilia permet d'exiger la réparation pécuniaire du préjudice causé (*Collat.*, XII, 1-9).

(1) Ulp., D., IX, 2, 13 pr. L'action utile de la loi Aquilia a remplacé l'action d'injures donnée en cas de *membrum ruptum* et d'*os fractum* (I, 339, 2-3).

(2) Jul., 48 Dig., *eod.*, 42 ; Marcel., Pomp., ap. Ulp., 41 ad Sab., *eod.*, 41 pr., 1 ; Ulp., D., XLVII, 2, 27, 3 ; Paul, D., IX, 2, 40; XLVII, 2, 32, 1.

(3) Cette somme se calculait, dans le principe, d'après la valeur vénale de la chose. Mais, à l'époque classique, la jurisprudence admit qu'on tiendrait compte aussi de la valeur relative : celui par exemple qui tue avant qu'il ait fait adition un esclave institué héritier devra payer, outre la valeur de l'esclave, une somme égale à la valeur de l'hérédité qui est perdue pour le maître (Gaius, III, 212 ; Inst., IV, 3, 10).

(4) Ulp., *h. t.*, 23, 8 : *In heredem vel ceteros hæc actio non dabitur, cum sit pœnalis, nisi forte ex damno locupletior heres factus sit.* Jul., ap. Ulp., D., IX, 2, 11, 2.

(5) Deux différences avec l'action *furti* : 1° L'abandon noxal n'est admis que si le dommage a été causé à l'insu du maître (Ulp., D., IX, 4, 2 pr. ; XLVII, 6, 1, 1 ; cf. Lab., ap. Ulp., D., XLII, 8, 6, 1 ; Sab., ap. Paul, D., II, 10, 2; Ped., ap. Paul, D., XXV, 2, 21, 2). Si le délit a été commis *sciente domino*, le maître est tenu personnellement et pour le tout. Mais, d'après Julien, Marcellus et Ulpien, la responsabilité personnelle du maître ne saurait être une excuse pour l'esclave et ne ferait pas obstacle à l'action noxale (IX, 4, 2, 1). 2° En cas de concours avec une action

loi, comme *action utile* dans les cas où la jurisprudence a admis par extension l'application de la loi. Les actions utiles, données *ad exemplum legis Aquiliæ* (1), sont pour la plupart qualifiées *in factum;* quelques-unes sont fictices *in jus*, comme celles qui sont données aux pérégrins ou contre eux. La terminologie n'est pas rigoureuse : l'expression *in factum actio* désigne parfois l'action utile par opposition à l'action directe (2).

§ 4. *Dommages causés par dol.* — Malgré l'extension qu'elle a reçue de la jurisprudence, la loi Aquilia ne pouvait avoir qu'une portée limitée. Elle fut complétée soit à l'aide de quelques dispositions remontant aux Douze Tables, soit surtout par les Préteurs. Au dernier siècle de la République, on rencontre dans l'Edit une série de clauses destinées à réprimer les dommages causés par dol : ce sont, indépendamment de l'action de dol dont il sera parlé bientôt, les actions *damni hominibus coactis dati*, *damni in turba dati*, *de servo corrupto, de sepulcro violato*, et l'interdit *quod vi aut clam*. En créant ces actions, le Préteur a entendu obliger certaines personnes à réparer le dommage qu'elles ont causé par dol et leur infliger en même temps une peine pécuniaire plus ou moins rigoureuse.

1° Le dommage causé par une réunion d'hommes entraîne pour celui qui les a groupés et pour chacun d'eux la peine du quadruple (3). Il en est de même, si l'on a pris à son service une bande formée par un tiers (4). Le dol consiste à s'adjoindre une ou plusieurs personnes en vue de causer un dommage à autrui. L'action au quadruple se donne pendant une année utile, après quoi elle est réduite au simple, mais on a la faculté de recourir à l'action de la loi Aquilia (5).

2° Le dommage, causé en cas de tumulte (6), donne lieu à une action au double pendant une année utile, après quoi elle

rei persecutoria, elle ne peut se cumuler, si ce n'est dans la mesure de ce qu'elle a de plus avantageux. En outre, c'est une action qui croît au double en cas d'*infitiatio* (ULP., D., IX, 2, 23, 10).

(1) PAUL, *eod.*, 12.

(2) On ignore comment étaient rédigées ces formules. Cf. LENEL, *E. P.*, I, 231.

(3) ULP., 56 ad Ed., D., XLVII, 8, 2 pr., § 2-6, 8, 9, 12, 13, 18. Cf. sur la teneur de l'édit qui a été altérée au Digeste, LENEL, *E. P.*, 315.

(4) Si cette bande est composée en tout ou en partie d'esclaves appartenant à un même maître, celui-ci est également tenu de payer le quadruple, mais il ne le paye qu'une seule fois ; il a d'ailleurs la faculté de faire l'abandon noxal des esclaves qui ont pris part au délit (*Ibid.*, 2, 14-16).

(5) *Ibid.*, 4, 8. JUL., ap. ULP., 2, 10. L'action *damni hominibus coactis dati* donnait lieu à un *judicium recuperatorium* (CIC., *p. Tull.*, 17, 41).

(6) ULP., D., XLVII, 8, 4, § 6, 8-11. Le tumulte suppose un rassemblement d'une dizaine de personnes au moins (LAB., ap. ULP., *eod.*, 4, 4).

est au simple (1). Cette action, qui existait au temps de Labéon, peut être exercée soit contre celui qui a profité du tumulte pour causer un dommage à autrui, soit contre celui qui l'a provoqué sans même paraître sur les lieux (2).

3° Celui qui, par dol, donne asile à l'esclave d'autrui, celui qui lui donne de mauvais conseils, ou lui persuade de commettre un délit, encourt la peine du double. La valeur de l'esclave s'apprécie au moment où il est entré en relation avec l'auteur du délit (3). Si celui-ci est lui-même un esclave, l'action se donne contre son maître avec faculté d'abandon noxal (4).

4° La violation d'un tombeau, lorsqu'elle a lieu par dol (5), est sévèrement punie. Les personnes intéressées ont le droit d'exercer contre l'auteur du délit une action *in bonum et æquum concepta* et qui entraîne l'infamie (6). A défaut, tout citoyen est autorisé à exercer une action tendant à infliger une amende de cent mille sesterces (7). L'action *sepulcri violati* qui existait au temps de Labéon (8) est donc, le cas échéant, une action populaire; elle a pour but, non pas de sauvegarder un intérêt privé, mais de punir un acte délictueux (9). Lors même qu'elle est intentée par la personne intéressée, la condamnation ne peut être inférieure au chiffre fixé pour l'action populaire. Si le délit est commis par un esclave, le maître n'a pas la faculté de recourir à l'abandon noxal (10).

5° L'interdit *quod vi aut clam* remonte au temps de Cicéron : il est affecté à la protection des fonds de terre (11). Il suppose un travail accompli malgré la défense de l'intéressé, par conséquent en lui faisant violence (12), ou clandestinement, par dol,

(1) On ne tient compte que de la valeur vénale.

(2) Ulp., *h. t.*, 4, 4. Il semble que l'action *damni in turba dati* n'était pas noxale. Ulpien (4, 15) dit que le Préteur donne une action *in servum*. Le maître était tenu de le défendre *in solidum*, faute de quoi le magistrat infligera sans doute à l'esclave une peine corporelle (Ulp., 3 ad Ed., D., II, 1, 7, 3. Cf. Lenel, *E. P.*, 319).

(3) Ulp., 23 ad Ed., D., XI, 3, 3 pr., 1, 2-5 ; 5 pr., 2-4; Paul, *eod.*, 6.

(4) L'action *de servo corrupto* existait au temps d'Alfenus Varus (*eod.*, 16).

(5) Ulp., 25 ad Ed. præt., D., XLVII, 12, 3, 1-2.

(6) Jul., 10 Dig., *eod.*, 6; Pap., 8 Quæst., *eod.*, 10; Ulp., *eod.*, 1. Cf. p. 739, 1.

(7) *Ibid.*, 3 pr. Les femmes et les enfants sont exclus (Ulp., D., XLVII, 23, 6). L'amende est portée à 200,000 sesterces contre celui qui a fait du lieu de la sépulture son habitation. Cf. sur l'étendue des monuments funéraires, Marquardt, *Privatleben*, trad., I, 432.

(8) Ulp., 3, 9. Cf. *Corp. inscr. Græc.* 4300 *d; Bull. Corr. hellén.*, V, 344.

(9) Ulp., 3, 12; Jul., *eod.*, 6 ; Pap., *eod.*, 1.

(10) Ulp., 3, 8; 3, 11. Cf. Cujas, *Obs.*, XXI, c. 40.

(11) *P. Tull.* Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 24, 1, 4 ; 7, 5, Paul, 20, 4-5.

(12) Q. Muc., ap. Ulp., 1, 5. La défense peut être faite verbalement (Paul, 67 ad Ed., *eod.*, 20, 1), par devant témoins (Cascel., Treb., *eod.*, 1, 7), par un geste de la main ou par un acte symbolique, *lapilli jactu* (Ped., Pomp., *eod.*, 1, 6), par l'inter-

en se cachant aux yeux de celui dont on redoutait l'opposition (1). Ce travail doit consister en une modification apportée à l'état du fonds : on a élevé ou démoli une construction, arraché un arbre, brisé des branches (2), etc.

Le délinquant ne peut s'excuser en disant qu'il avait le droit de faire l'acte défendu : il devait s'adresser à justice. Mais l'interdit ne s'applique pas si l'on a agi par nécessité, par exemple lorsque dans un incendie on a abattu une maison pour empêcher le feu de gagner les constructions voisines (3).

Cet interdit est *in rem scriptum* (p. 700, 4); il protège non seulement les propriétaires, mais toute personne ayant intérêt, même un fermier (4). Sur la demande de l'intéressé et pourvu qu'elle soit formée dans le délai d'une année utile (5), le Préteur ordonne de rétablir les lieux dans leur état antérieur (6).

6° Tout autre dommage causé par dol est réprimé par l'action *de dolo*.

§ 5. *Dommages causés par imprudence* (7). — La sécurité des passants qui circulent sur les voies publiques est protégée par l'édit du Préteur et par celui des édiles.

médiaire d'un *procurator*, d'un esclave ou d'un mercenaire (ULP., 3 pr.). Il suffit que l'on ait conscience d'aller à l'encontre de la volonté de l'intéressé (SERV., *eod.*, 4).

(1) ULP., 1, 1 ; CASS., ap. ULP., 11, 6; 3, 7.

(2) ULP., 7, 9-10 ; 9 pr., 2-3 ; 11 pr., 1-3 ; LAB., ap. ULP., 15, 2; CELS., 25 Dig., *eod.*, 18 pr. ; VENUL. 22, 2; TREB., 22, 3.

(3) ULP., 1, 2-3. Cf. les distinctions faites par Servius et les doutes émis par Aquilius Gallus et Celsus sur la possibilité d'invoquer l'exception *quod incendii defendendi causa factum non sit* (ap. ULP., 7, 4).

(4) P. 216, 5. ULP., 13, 5; VENUL., 12 ; SERV., ap. ULP., 13, 4; PAUL, 16, 2.

(5) ULP., 15, 3-6. L'*exceptio annua* peut être écartée après enquête.

(6) L'interdit est restitutoire (ULP., 1 pr., 1). Si l'ordre n'est pas exécuté, il y a lieu au *judicium secutorium*. Le Préteur délivre une formule arbitraire (CIC., *p. Tull.*, 23, 53 ; ULP., 15, 9), et si le délinquant persiste dans son refus, il est condamné à réparer le préjudice causé (ULP., 15, 7 : *Quanti actoris interest*). Si l'auteur du délit est un esclave, le maître a la faculté d'en faire l'abandon noxal (ULP., 13 ad Sab., D., XLIII, 1, 5 ; PAUL, 20 ad Ed., D., V, 3, 40, 4).

(7) Les autres sortes de dommages ont été indiquées au t. Ier : 1° Dommage causé par un juge (I, 438-439). C'est une question controversée que de savoir si le juge est passible de deux actions, l'une pénale, l'autre *rei persecutoria*. Karlowa (II, 1350) admet la dualité d'actions. Lenel (*E. P.*, I, 187) pense que dans tous les cas la condamnation est laissée à l'appréciation du juge. 2° Dommages causés par les animaux (I, 358). 3° Dommages qui menacent la propriété foncière : *a*) action *aquæ pluviæ arcendæ* (I, 352-354); *b*) caution *damni infecti* (I, 355-356); *c*) dénonciation de nouvel œuvre (I, 516, 5). — On remarquera : 1° que le droit classique applique l'action *de pauperie* aux dommages causés par les quadrupèdes (SERV., ap. ULP., 18 ad Ed., D., IX, 1, 1, 4) et par les bipèdes (PAUL, 22 ad Ed., *eod.*, 4). Dans ce dernier cas, l'action est donnée *utiliter*. 2° Que l'action *aquæ pluviæ arcendæ* est accordée comme action utile au titulaire d'une servitude de passage (JUL., 5 ex Min., D., XXXIX, 3, 25); à l'usufruitier d'après Pomponius (*eod.*, 22, 2), mais la question était discutée (cf. ULP., 3, 4); au concessionnaire d'un *ager vectigalis* (p. 303, 7).

1° *Mesures préventives.* — Un édit antérieur à Cicéron, interdit de placer sur l'entablement ou sur l'avant-toit d'une maison, un objet dont la chute sur la voie publique est susceptible de causer un dommage (1). Le contrevenant est passible d'une peine de 10,000 sesterces. L'action donnée contre lui est populaire et pénale (2).

2° *Mesures de répression.* — Le Préteur n'a pas trouvé suffisante la peine de la loi Aquilia lorsque le dommage a été causé par un objet jeté ou tombé (*dejectum*, *effusum*) d'un appartement sur la voie publique (3). Il a créé une action qui se donne au double, même quand il n'y a pas *infitiatio*, et qui n'exige pas la preuve d'une faute (4) : il suffit qu'il y ait imprudence. Est responsable du dommage la personne qui habite l'appartement à un titre quelconque, sauf le voyageur de passage ; elle a d'ailleurs, le cas échéant, un recours contre le coupable. Si c'est un esclave qui a jeté l'objet à l'insu de son maître, celui-ci peut faire l'abandon noxal (5). Si plusieurs personnes habitent le même appartement, elles sont tenues solidairement, mais la poursuite dirigée contre l'une libère les autres (6). Si l'*habitans* est un esclave, il sera puni *extra ordinem* (7).

S'il y a eu mort d'un homme libre, l'édit a créé une action populaire, annale, intransmissible, entraînant une peine de 50,000 sesterces. En cas de blessures, la victime recevra une indemnité déterminée par le juge : on y comprendra les honoraires du médecin et tous les frais de maladie, le salaire dont il a été privé pendant le temps où il a été hors d'état de travailler. L'action est ici *in bonum et æquum concepta,* intransmissible activement, perpétuelle lorsqu'elle est exercée par la victime ; annale, si par toute autre personne (8).

(1) Ulp., 23 ad Ed., D., IX, 3, 5, § 6, 10 et 13.

(2) Si l'objet a été placé ailleurs que *in subgrunda protectove* et par un autre que le propriétaire ou l'habitant et qu'un dommage ait été causé, l'action est donnée contre l'auteur du dommage à titre d'action utile (Serv., ap. Ulp., 5,12. Cf. Cujas, III, 610). Si la contravention a été commise par un esclave à l'insu de son maître, celui-ci peut recourir à l'abandon noxal ; dans le cas contraire, le maître est tenu en son nom personnel.

(3) L'édit s'applique même aux voies privées. Il a été étendu au cas où le dommage a été causé par un objet lancé d'un navire (Ulp., 1, 1 et 2 ; Paul, 19 ad Ed., *eod.*, 6 pr., 3).

(4) Ulp., 23 ad Ed., D., IX, 3, 1, 3-4. L'action *de effusis et dejectis* est traitée à certains égards comme une action délictuelle : elle est intransmissible passivement, bien qu'elle soit perpétuelle (Gaius, 3 Aur., D., XLIV, 7, 5, 5).

(5) Ulp., *eod.*, 1, 7-9 ; Trebat., ap. Ulp., 5, 1 ; Lab., ap. Ulp., 5, 4.

(6) Ulp., 1, 10 ; 3 ; 5 pr., 2.

(7) *Ibid.*, 1, 8. L'action noxale n'est pas possible, *cum servus nihil nocuerit.*

(8) Gaius, 6 ad Ed. prov., *eod.*, 7 ; Ulp., 1, 5 et 7. Cf. p. 739, 1.

3° L'édit des édiles défend de tenir certains animaux dangereux dans un endroit où tout le monde peut passer. En cas de contravention, s'il y a mort d'un homme libre, la peine est de 20,000 sesterces; en cas de blessures, la victime peut intenter une action *in bonum et æquum concepta;* pour tout autre dommage, l'action se donne au double (1).

VI. Des actes juridiques conclus sous l'empire de la violence ou du dol, ou en fraude des créanciers. — On chercherait vainement dans le droit civil une règle générale sur la violence ou le dol commis lors de la conclusion d'un acte juridique (p. 355), ou sur la fraude à l'égard des créanciers.

La forme des actes juridiques suffit pendant longtemps à protéger les parties contre la violence : la présence de témoins solennels, d'un *libripens*, parfois d'un magistrat, excluait toute atteinte à leur liberté. Cette protection n'existait pas dans la stipulation ni dans le contrat *litteris*, mais comme il était d'usage de convoquer des témoins pour prouver la formation du contrat, on n'avait guère à craindre l'effet d'un contrat conclu sans témoins.

Le dol est plus difficile à saisir pour les personnes assistant à la conclusion d'un acte juridique : il se produit ordinairement à une époque antérieure; les manœuvres qui le caractérisent peuvent leur échapper complètement. Mais avec de la prudence on peut éviter de s'y laisser prendre. Le citoyen romain ne s'engageait pas à la légère quand il traitait avec une personne en qui il n'avait pas pleine confiance : il multipliait les précautions et se défiait surtout de la *captio* contre laquelle il avait soin de se prémunir par des clauses appropriées. Seuls les jeunes gens pouvaient se laisser circonvenir : la loi Plætoria protégea leur inexpérience (I, 567).

Quant à la fraude commise par un débiteur à l'égard de ses créanciers et qui consiste à s'appauvrir volontairement pour diminuer leur gage, elle fut peu à redouter tant que subsista le système antique de l'exécution contre la personne : le débiteur avait tout intérêt à ne pas mécontenter le créancier qui pouvait le vendre comme esclave ou le retenir dans les fers.

Le silence de la loi sur la violence, le dol, la fraude commise

(1) D., XXI, 1, 40, 1, 41 et 42; Inst., IV, 9, 1. Le texte de l'édit a été certainement altéré : les mots *vel minorem aprum* sont inadmissibles. Un *major aper* n'est pas moins dangereux qu'un *minor*. Huschke, Lenel (*E. P.*, 444) lisent *vel majalem*. Mais pourquoi l'édit aurait-il fait à propos d'un animal une distinction qu'il ne fait pas pour les autres? Il est plus probable que les mots *vel minorem* ont été ajoutés par un copiste qui n'était pas certain du mot précédent *verrem*. Voir sur ce texte et sur des incorrections analogues, Scialoja, *Bull. di d. R.*, 1901, XIII, 75.

dans les actes juridiques s'explique donc très aisément aux premiers siècles de Rome. Les changements survenus dans l'état du droit au dernier siècle de la République, révélèrent une lacune qu'on n'avait pas aperçue jusqu'alors. A cette époque, les contrats non formels sont devenus d'un usage général : plus de témoins solennels, rien de cet appareil qui était la garantie de la libre manifestation des volontés. En même temps, les occasions de conclure un acte juridique, si rares autrefois, se sont multipliées avec le développement du commerce. L'habitude de contracter avec le premier venu, comme on traitait jadis avec un parent, un ami, un voisin, rendit plus insouciant du danger : à quoi bon prendre des précautions minutieuses, alors que le juge doit apprécier les rapports des parties *ex fide bona?* Mais pour les contrats de droit strict et pour les actes juridiques autres que les contrats, le péril subsistait : le Préteur jugea utile d'intervenir. Dans son édit sur les pactes, il avait manifesté sa réprobation pour les conventions entachées de dol : conséquent avec lui-même, il prit les mesures nécessaires pour réprimer non seulement le dol, mais aussi la violence ou la fraude.

§ 1er. *Violence.* — 1° Le Préteur a d'abord condamné l'usage de la violence dans les actes qui ont pour but d'extorquer (*auferre*) une valeur à autrui. Ce fut l'extension aux simples particuliers des *leges repetundarum* rendues contre les magistrats prévaricateurs (1). La peine fut du quadruple. L'unité, qui est multipliée par 4, est calculée d'après la valeur vénale de l'objet (*quanti ea res erit*) ; on ne tient pas compte de l'intérêt du demandeur (*quanti interest*) (2). Bientôt après, l'édit a séparé les actes de violence qui ont pour effet de *bona rapere* et qui constituent plutôt un vol qualifié, et ceux qui ont pour objet de déterminer la conclusion d'un acte juridique : on substitua le mot

(1) Une extension analogue a motivé la création de l'action *de calumnia* contre celui qui a reçu de l'argent pour faire un procès ou pour s'en abstenir par chicane. Cf. p. 761, 3. Pomp., ap. Ulp., D., III, 6, 1, 1; Macer, D., XLVIII, 11, 7 pr.

(2) Cicéron appelle *formula Octaviana* l'action créée pour réprimer la violence. Elle figurait en 683 dans l'édit du préteur urbain L. Cæcilius Metellus; lorsqu'en 684 ce magistrat fut appelé à gouverner la Sicile, on lui demanda de l'insérer dans l'édit provincial (Cic., 2a *in Verr.*, III, 65) ; elle n'était donc pas encore d'un usage général. On a conjecturé qu'elle eut pour auteur l'un des préteurs du nom d'Octavius qui furent en charge peu de temps auparavant, soit Cn. Octavius qui fut consul en 678, soit plutôt L. Octavius, le consul de l'an 679. Il ne peut avoir été préteur avant 676, à cause de l'intervalle entre les magistratures exigé par les *leges annales*, et il ne peut l'avoir été en cette année, car en 676 le préteur en charge fut L. Cornelius Sisenna (Cf. Drumann, *Gesch. Roms*, IV, 223; Rudorff, *Z. f. Rg.*, 1845, XII, 149, 166; Lenel, *E. P.*, I, 128, 5; Voigt, *Rg.*, I, 918, 7).

gestum au mot *ablatum* (1), et l'on proposa une nouvelle formule d'action spéciale au délit de vol avec violence (p. 472) (2).

2° Le Préteur, qui créa l'action au quadruple contre l'auteur de la violence, eut certainement la pensée de le traiter comme un délinquant. La violence lui apparut comme un délit tout aussi bien que le *furtum* qui en était souvent le résultat. L'action *quod vi metusve causa* eut le même caractère que l'action *vi bonorum raptorum* dont elle tint lieu tout d'abord : ce fut une action pénale. Même sous l'Empire, l'action *quod metus causa* est traitée à plusieurs égards comme une action pénale honoraire : elle est annale (3), noxale, intransmissible passivement (4). Mais les préteurs subséquents ont créé deux autres voies de procédure qui n'entraînent aucune peine pour le défendeur, l'exception *quod metus causa* (5) et l'*in integrum restitutio* (6).

Ces nouveaux modes de protection contre la violence ont peu à peu fait perdre de vue son caractère délictuel. D'ailleurs

(1) Antérieurement à Sénèque (*Controv.*, IV, 26).

(2) Une modification moins importante fut introduite dans le texte de l'Édit : on supprima le mot *vis*, non certes avec la pensée d'exclure la violence physique, mais parce qu'elle était implicitement comprise dans la violence morale. Si les simples menaces sont punies, à plus forte raison doit-on punir l'acte suivi d'effet (Ulp., 1).

(3) Gord., *C. J.*, II, 19, 4. Après l'expiration de l'année, l'action n'est plus donnée que *in simplum* et seulement *causa cognita* après avoir constaté qu'il n'existe pas d'autre action.

(4) Ulp., 11 ad Ed., D., IV, 2, 16, 1-2.

(5) La victime de la violence, à qui l'on demande l'exécution de sa promesse, peut se défendre par une exception (Lab., ap. Ulp., 14, 9). L'exception *q. m. c.* a été introduite dans l'Edit par un préteur postérieur à Octavius : elle procède d'une pensée différente de celle qui a fait créer l'action (Cf. Gradenwitz, *Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, 1887, p. 37). C'est un moyen très pratique et très efficace, et qui ne fait courir aucun risque : il vaut mieux se faire dispenser d'exécuter sa promesse que de poursuivre le payement d'une amende qu'on n'est pas sûr de toucher.

(6) P. 719. L'*in integrum restitutio* est en certains cas plus avantageuse que l'action : 1° *Acceptation ou répudiation d'une hérédité.* Celui qui a répudié une hérédité sous l'empire de la violence peut se faire restituer par le Préteur contre sa renonciation : il sera traité *quasi heres*. Il exercera *utiliter* les actions héréditaires, comme s'il avait fait adition (Paul, D., IV, 2, 21, 6). Il évitera ainsi les risques de l'insolvabilité de l'auteur de la violence et d'une estimation des forces de la succession inférieure à leur valeur réelle. De même en sens inverse pour l'acceptation : le Préteur accordera à l'héritier la faculté de s'abstenir (*Ibid.*, 21, 5). 2° *Aliénation.* L'aliénateur pourra, grâce à la restitution, revendiquer sa chose comme s'il était resté propriétaire. Il aura une action réelle à la place de l'action personnelle *quod metus causa* (Ulp., 9, 4 et 6. Cf. pour le cas de renonciation à un usufruit ou à une servitude prédiale, 9, 7 *in fine*). 3° *Libération d'une obligation* (Jul., 9, 7). Le créancier obtiendra le restitution de son action primitive au lieu de demander au débiteur libéré de s'obliger à nouveau envers lui. L'*in integrum restitutio*, comme l'exception *q. m. c.*, ne procède pas de la même pensée que l'action *q. m. c.* : elle a été créée postérieurement, peut-être sous l'influence de la jurisprudence (Gord., *loc. cit.* : *Postquam placuit in rem quoque dari actionem*). Elle fut en tout cas de bonne heure admise ; elle est mentionnée par Cicéron (p. *Flacco*, 21, 49).

l'action *q. m. c.* elle-même n'avait pas nécessairement pour effet d'infliger une peine au défendeur : c'était une action arbitraire (1). Le juge invitait le défendeur à donner satisfaction au demandeur; si le défendeur déférait à cet ordre, il échappait à toute condamnation; en cas de refus seulement, il encourait la peine du quadruple : il était puni pour sa désobéissance plutôt que pour la violence qu'il avait commise. Aussi certains textes admettent-ils le cumul de l'action et de l'exception *quod metus causa* (2) : l'auteur de la violence n'a qu'à s'en prendre à lui-même si on le traite durement pour avoir résisté à l'ordre du juge.

Le caractère délictuel de la violence a également été écarté dans le cas où elle a été commise par plusieurs personnes : contrairement à la règle admise en matière d'actions pénales, la satisfaction fournie par l'un des débiteurs libère les autres; et même s'il a payé le quadruple en raison de sa *contumacia*, Ulpien est d'avis que les autres ne pourront être poursuivis (3).

L'action *q. m. c.* ne se donne pas seulement contre l'auteur de la violence : à l'exemple de l'action établie par les *leges repetundarum*, elle peut être intentée contre toute personne qui en a profité et dans la mesure de son enrichissement, contre les tiers aussi bien que contre les héritiers. C'est là une extension admise par la jurisprudence de l'époque impériale (4).

La formule de l'action *q. m. c.* présente en effet une particularité qui la distingue des autres actions personnelles : elle ne contient pas le nom du défendeur; elle est *in rem scripta* (5). On en a conclu que, pour triompher, il n'était pas nécessaire de prouver que le défendeur est l'auteur de la violence : il suffit d'établir que le demandeur en a été victime (6).

§ 2. *Dol.* — L'édit prétorien a pris des mesures soit pour forcer

(1) P. 740. Ulp., 14, 1 : *Satis clementer cum reo prætor egit, ut daret ei restituendi facultatem, si velit pœnam evitare.*

(2) Lab., ap. Ulp., 14, 9; Pap., ap. Ulp., 30 ad Ed., D., XIII, 7, 22. Cf. sur ce texte Gradenwitz, *op. cit.*, 34 ; Eisele, *Z. Sav. St.*, XIII, 119. Julien (ap. Ulp., D., IV, 2, 14, 9) et Ulpien (9, 6) n'admettent pas le cumul : *Non sine ratione dicetur, si in quadruplum quis egerit, finiri in rem actionen, vel contra.* Voir p. 704.

(3) P. 330, 1. Ulp., D., IV, 2, 14, 15.

(4) Ulp., 14, 5 ; 16, 2. Voir p. 465, 3.

(5) P. 700, 4. Marcel., ap. Ulp., 9, 8.

(6) L'action doit-elle être donnée contre les tiers de bonne foi ou seulement contre les complices de l'auteur de la violence? La question était encore discutée au IIe siècle, et fut résolue dans le sens le plus large et le plus rigoureux par Vivianus et Pedius, *nam in alterius præmium verti alienum metum non oportet* (ap. Ulp., 14, 5). L'exception *q. m. c.* est également *in rem scripta* (Ulp., D., XLIV, 4, 4, 33) : elle peut être opposée à une personne qui n'est pas l'auteur de la violence.

l'auteur du dol à réparer le dommage qu'il a causé, soit pour l'empêcher de profiter de l'acte qu'il a commis. Il a créé l'action et l'exception de dol (1), la restitution *ob dolum*. C'est le préteur Aquilius Gallus, le collègue et l'ami de Cicéron, qui le premier proposa (2), en 688, les formules de l'action et de l'exception de dol (3).

1° *Action de dol.* — Comme la violence, le dol paraît avoir eu tout d'abord un caractère délictuel. L'action de dol présente à certains égards un caractère pénal : elle ne se donne que pendant un an (4) ; elle est noxale, intransmissible passivement (5). Mais de même que pour l'action *q. m. c.*, le caractère pénal est atténué : *a*) l'action de dol est arbitraire. Il dépend du défendeur d'échapper à toute condamnation en donnant satisfaction au demandeur sur l'invitation du juge; *b*) lorsque le dol a été commis par plusieurs, la satisfaction, fournie par l'un sur l'invitation du juge, libère les autres; il en est de même, d'après Ulpien, de la condamnation prononcée contre l'un des auteurs du dol et exécutée par lui (6) ; *c*) le Préteur donne contre les héritiers de l'auteur du dol une action *in factum* dans la mesure de leur enrichissement. Cette action n'a rien de pénal, elle est perpétuelle (7).

L'action de dol a une portée bien moins large que l'action *q. m. c.* : *a*) elle ne se donne jamais que *in simplum*. La résistance à l'ordre du juge (*contumacia*) n'entraîne pas une aggravation fixe de la peine qui est toujours égale au préjudice causé (*quanti ea res erit*) ; mais le défendeur condamné encourt l'infamie (8). Cette déchéance n'est pas une conséquence du

(1) P. 356. Une action spéciale *in factum* est donnée contre l'*agrimensor* qui, après avoir accepté de mesurer un champ, a, par dol, trompé ses mandants sur la contenance (Ulp., 24 ad Ed., D., XI, 6, 1 pr.).

(2) A quel titre Aquilius a-t-il proposé ces formules? En 688 il était président de la *quæstio ambitus* (Cic., *p. Cluent.*, 53, 147) et n'avait pas de ce chef à publier un édit. Il faut donc admettre qu'il a été en même temps préteur urbain ou pérégrin. Il est peu vraisemblable, comme le croit Mommsen (*Strafrecht*, 679, 2), qu'il ait rédigé ces formules en qualité de jurisconsulte.

(3) Aquilius est certainement l'auteur de l'action de dol. Cicéron le dit expressément (*de nat. deor.*, 3, 74). Pour l'exception, les textes sont moins précis. Les *formulæ de dolo* dont parle Cicéron doivent être celles de l'action et de l'exception, bien que le mot *formula* ne s'emploie guère pour désigner l'exception. L'histoire du chevalier Canius (Cic., *de off.*, 3, 14) prouve qu'avant Aquilius l'exception n'existait pas; elle était au contraire fort usitée au temps de Labéon (Ulp., D., XLIV, 4, 4).

(4) Le délai d'un an utile a été, au Bas-Empire, porté à deux ans continus (Constantin., C., II, 20, 8).

(5) Lab., ap. Ulp., 11 ad Ed., D., IV, 3, 9, 4; Ulp., *eod.*, 17, 1.

(6) P. 740; 330, 1. Paul, 11 ad Ed., *eod.*, 18 pr.; Ulp., 17 pr.

(7) Gaius, 4 ad Ed. prov., 28.

(8) Ulp., D., IV, 3, 1, 4; *Lex Julia municip.*, l. 111.

caractère pénal de l'action : il y a des actions *rei persecutoriæ* qui sont *famosæ* (1).

b) L'action de dol est une action subsidiaire : elle se donne à défaut de toute autre voie de recours; elle est exclue même par une action *rei persecutoria*. Rien ne montre plus clairement que le Préteur ne tient pas à infliger une peine à l'auteur du dol; il lui suffit que la victime n'en souffre aucun dommage (2).

c) L'action du dol ne se donne que *cognita causa*. Le Préteur la refuse en raison soit de la modicité du litige (3), soit de la qualité des parties (4). Mais, dans ce dernier cas, il donne à la place une action *in factum* qui aura pour le demandeur le même résultat pratique sans entraîner l'infamie du défendeur.

d) L'action de dol se donne uniquement contre l'auteur du dol, jamais contre les tiers (5).

2° *Exception de dol.* — Celui qui a été victime d'un dol lors de la conclusion d'un acte juridique peut, lorsqu'on lui demande l'exécution de sa promesse, se défendre par une exception : *Si in ea re nihil dolo malo A^i A^i factum sit neque fiat* (6).

L'usage de cette exception n'a pas été restreint à cette hypothèse : elle sert à faire valoir un droit de rétention ou à réaliser une compensation. Les jurisconsultes du IIIe siècle lui ont donné une portée bien plus large : ils permettent de l'opposer à celui qui se prévaut d'un contrat ou d'un testament contrairement à l'intention des parties ou du testateur; à celui qui invoque une obligation sans cause ou contractée en vue d'une cause qui ne s'est pas réalisée; à celui qui exige l'exécution d'un engagement dont il a fait remise par un simple pacte ou auquel il a implicitement renoncé de toute autre manière. Bref, suivant Ulpien, l'exception de dol tient lieu de toute exception *in factum*, telle que l'exception *pacti*, *non numeratæ pecuniæ*, *rei venditæ et traditæ* (7).

(1) *Lex Julia municipe*, l. 111 : *Queive judicio fiduciæ, pro socio, tutelæ, mandati... condemnatus est erit.*

(2) Ulp., D., IV, 3, 1, 4; Pomp., ap. Ulp., 7 pr.

(3) On présente souvent l'action de dol comme servant à réprimer tout dommage causé de mauvaise foi à autrui (Windscheid, II, 451; Brinz, II, 822; Dernburg, II, 136). Il ne paraît pas qu'elle ait eu une application aussi étendue : le Préteur exige que le demandeur fasse connaître le fait dolosif qu'il reproche au défendeur (Paul, 11 ad Ed., D., IV, 3, 16 : *Item exigit Prætor ut comprehendatur, quid dolo malo factum sit; scire enim debet actor, in qua re circumscriptus sit, nec in tanto crimine vagari*). En une matière aussi grave, lorsqu'on exerce une action infamante, on ne peut rester dans le vague : il faut alléguer tout au moins un acte déloyal, un manque de parole (Mela, ap. Ulp., D., XI, 7, 14, 2 ; Ulp., D., IX, 3, 34).

(4) Ulp., 9, 5; Paul, *eod.*, 10; Lab., Ulp., 11, 1 ; 13, 1.

(5) Il en est de même de l'exception de dol (Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 4, 4, 33).

(6) Gaius, IV, 119 ; Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 4, 2, 1.

(7) Ulp., *eod.*, 2, 3-5 : *Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum excep-*

A côté de l'exception *doli specialis,* il y eut dès lors ce que les interprètes appellent l'exception *doli generalis* (p. 719) (1).

3° *Restitution.* — L'*in integrum restitutio* est parfois accordée à ceux qui ont été victimes d'un dol (2). La seule application connue concerne le dol commis dans un procès (3). La restitution est ici donnée de préférence à l'action de dol pour éviter au défendeur l'infamie (p. 721) (4).

§ 3. *Fraude à l'égard des créanciers.* — Le mot *fraus* a une double acception : il désigne tantôt un simple préjudice (5) (I, 585, 1), tantôt un dommage causé par dol (6). Dans ce dernier cas, la *fraus* rentre dans la notion du dol, telle qu'on l'entend depuis Labéon (7). Sous la République, alors que cette notion était plus étroite, le mot *fraus* était souvent placé à côté du mot dol (8) : il désignait l'abus de confiance commis par un débiteur insolvable qui faisait une aliénation au préjudice de ses

tionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id quod quaqua exceptione elidi potest, petit, nam, et si inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi sit talis ignorantia, in eo ut dolo careat. Sur ces derniers mots qui paraissent interpolés, cf. Pernice, *Labeo*, II, 1, 250.

(1) Cette extension de l'exception de dol est-elle antérieure à Ulpien? L'exception de dol a eu, dès l'origine, une application moins étroite que l'action de dol. Le préteur Cassius ne proposa pas d'exception *quod metus causa* parce que l'exception de dol lui parut suffisante (Ulp., *eod.*, 4, 33). La jurisprudence a de bonne heure tiré parti des mots *neque fiat* qui terminent la formule de l'exception et qui supposent un dol présent (Ulp., 48 ad Sab., D., XLV, 1, 36 : *Idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet : Cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit quod petit.* Lab., ap. Ulp., D., XLIV, 4, 4, 15 : *Posse enim stipulatorem, antequam stipulatio committatur nihil dolo malo fecisse, et tunc facere, cum petat.* Cf. H. Krueger, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, I, 1892). Mais l'option laissée par Ulpien entre l'exception de dol et les exceptions *in factum* n'a pas été, à notre connaissance, admise avant ce jurisconsulte. On a cru trouver dans un fragment de Papinien une doctrine analogue à celle d'Ulpien : *Qui æquitate defensionis infringere actionem potest, doli exceptione tutus est* (*eod.*, 12). Mais Papinien ne parle ici que des *cognitores* et des *procuratores* (Lenel, I, 817) ; on ne saurait affirmer qu'il ait entendu donner à sa proposition une portée générale.

(2) On remarquera que, dans l'Édit, l'action de dol figure dans le titre consacré à l'*in integrum restitutio* ; le but du Préteur, au temps où fut mis en ordre l'édit perpétuel, était d'effacer les conséquences de l'acte dolosif bien plus que de punir l'auteur du dol.

(3) Hadr. resc., ap. Callist., 5 cogn., D., XLII, 1, 33; Jul., 2 Dig., D., II, 10, 3, 1. L'édit perpétuel contenait-il une clause relative à l'*in integrum restitutio ob dolum*, comme il y en avait une pour l'*in int. rest. ob metum?* Cela est probable, mais les textes manquent. Il y avait en tout cas un édit promettant l'*in int. rest.* en raison d'une aliénation faite par dol *judicii mutandi causa* (p. 644, 6).

(4) Marcel., 3 Dig., D., IV, 1, 7, 1 : *Et boni prætoris est potius restituere litem, ut et ratio et æquitas postulabit, quam actionem famosam constituere, ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest.*

(5) Ulp., 12 ad Ed., D., IV, 6, 26, 2.

(6) Cic., *De off.*, II, 33 ; *p. Rosc. Am.*, 144 ; Pap., 12 Quæst., D., VI, 1, 63.

(7) Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 7, 10 : *Sed eleganter Labeo ait hoc... supervacuum... inest enim dolo et fraus;* Lab., ap. Pomp., D., XIII, 7, 3.

(8) Cic., *p. Flacco*, 74 ; Cæs., *De b. civ.*, II, 14; Val. Prob., 5, 6.

créanciers (1). On a continué, sous l'Empire, à l'employer dans cette acception (2).

1° *Interdit fraudatoire.* — Le Préteur a de bonne heure, et tout au moins au temps de Cicéron (3), pris des mesures pour protéger les créanciers contre l'aliénation faite par leur débiteur en fraude de leurs droits : il a créé l'interdit fraudatoire (4). A la requête des créanciers (5) et pendant un an utile à dater de la vente, il ordonne au tiers acquéreur de mauvaise foi (6) de restituer les biens aliénés *fraudandi causa.* Sinon, il accorde aux créanciers une action arbitraire pour faire condamner le tiers acquéreur à payer une indemnité égale à la valeur du fonds aliéné et des fruits (*fundo cohærentes*) au jour de l'aliénation (7).

2° *Action Paulienne.* — L'édit sur l'interdit fraudatoire prévoit uniquement l'aliénation frauduleuse des choses corporelles appartenant au débiteur (*in bonis*). Il ne s'applique pas à l'aliénation au sens large du mot, c'est-à-dire à tout acte qui diminue le patrimoine. Un édit plus général vise tous actes frauduleux commis par le débiteur : *quæ fraudationis causa gesta sunt* (8). Le Préteur promet ici au *curator bonorum*, ou à toute autre personne qu'il jugera utile, une action en réparation du préjudice causé. La mention du *curator bonorum* (9) prouve qu'il s'agit d'un débiteur dont les biens ont été l'objet d'un envoi en possession.

Cette action, appelée Paulienne, du nom du Préteur qui l'a

(1) Cic., *Phil.*, VI, 4, 11 : *Quæ potest esse major fides quam fraudare creditores.*

(2) On a aussi conservé l'habitude de juxtaposer *fraus* et *dolus* (Scæv., 18 Dig., D., XXXII, 37, 3 ; Paul, 32 ad Ed., D., XVII, 2, 3, 3).

(3) P. 489, 3. D'après Solazzi, l'interdit est postérieur à l'action, et il a une portée plus générale ; il a un caractère restitutoire (cf. Constantin., C. Th., II, 16, 1), tandis que l'action est pénale ; il n'exige pas la coopération du tiers acquéreur : il se donne même en cas d'omission frauduleuse (*Studi e doc.*, 1901, p. 315).

(4) Pap., 11 Resp., D., XLVI, 3, 96 pr. ; Valens., 3 fid., D., XXXVI, 1, 69, 2.

(5) Le texte de l'édit a été conservé par Ulp., 73 ad Ed., D., XLII, 8, 10 pr. ; sur les difficultés auxquelles il donne lieu, cf. Gradenwitz, *Z. Sav. St.*, VIII, 255 ; Karlowa, II, 1402.

(6) Ulp., 10, 2-5, 18. Vis-à-vis de l'acquéreur de bonne foi, le Préteur donne seulement une action *in factum* après enquête. Lenel (II, 851, 3) Gradenwitz (*loc. cit.*) pensent qu'il y a ici une interpolation et que l'édit contenait le mot *interdicam*. Cette correction a été contestée : pourquoi le Préteur n'aurait-il pas écarté l'interdit avec ses conséquences rigoureuses, en présence d'un acquéreur de bonne foi (Karlowa, II, 1404) ? Mais il est peu vraisemblable qu'on ait créé une nouvelle action à côté des deux voies de procédure déjà admises.

(7) Ulp., D. XLII, 8, 10, 6-8; 19 23; Jul., 17, 1; Venul., 25, 1, 4-6; Paul, D., XXII, 1, 38, 4.

(8) Ulp., D., XLII, 8, 1 pr. et 1, 2. Cf. les édits cités p. 710, 7-8.

(9) Il s'agit ici du *curator bonorum vendendorum* nommé d'abord par le *magister* (cf. *Lex agraria* de 643, l. 57; Treb., Ofil., ap. Paul, D., XVII, 1, 22, 10), puis par le Préteur; cf. p. 767, 2; Lenel, *E. P.*, 350. Voigt (*Rg.*, I, 762) considère les mots *curator bonorum* comme une addition de l'époque impériale.

instituée (1), est donnée soit contre le tiers qui a participé à l'acte frauduleux, soit même contre le débiteur (2) : elle n'a chance d'avoir un résultat pratique qu'à l'égard du tiers; vis-à-vis du débiteur, elle fournit un moyen de le punir de sa fraude (3) : faute d'exécuter la condamnation, il sera

(1) Paul, 6 ad Plaut., D., XXII, 1, 38, 4; cf. Theoph., *Paraph.*, IV, 6, 6; Basil., LX, 5, 36. Cette action existait au temps de Labéon (p. 139, 10) et même de Cicéron (*ad Att.*, I, 1, 3 : *Cæcilius... a Palario cum magna pecunia fraudaretur, agere cœpit cum ejus fratre A. Caninio Satyro de iis rebus, quas eum dolo malo mancipio accepisse de Vario diceret.*

(2) La nature de l'action Paulienne est imparfaitement connue. Est-ce une action pénale, arbitraire, personnelle ou réelle? Sur tous ces points s'élèvent des difficultés : elles viennent de ce que les compilateurs du Digeste ont fusionné l'interdit fraudatoire et l'action Paulienne pour en faire une voie unique de procédure, qu'ils ont qualifiée action et à laquelle ils ont peut-être attribué un effet nouveau. Pour retrouver dans la mesure du possible les règles propres à l'interdit ou à l'action, il faut remarquer que les commentateurs de l'édit les ont étudiées dans des livres différents. (Voir pour l'action Paulienne, Ulp., 66 ; Paul, 62 ; Gaius, 23 ; Jul., 47 ; pour l'interdit fraudatoire, Ulp., 73 , Paul, 68 ; Gaius, 26 ; Jul., 49) : 1° L'action Paulienne semble être une action pénale, car elle est motivée par le dol commis au préjudice du créancier (Sab., ap. Paul, *h. t.*, 9 : *Dolus ei duntaxat nocere debet, qui eum admisit*). Mais ce caractère pénal, s'il existe, est très atténué : si, comme les actions pénales prétoriennes, l'action Paulienne est annale, elle n'est pas noxale (Lab., ap. Ulp., 6, 12. Vis-à-vis du débiteur *fraudator*, il en est autrement : Venul., 6 Interd., 25, 7; Lenel, *E. P.*, 347). On ignore si elle est intransmissible passivement, si elle se donne contre les héritiers dans la mesure de leur enrichissement : les textes ne s'expliquent à ce sujet que pour l'interdit fraudatoire (Ulp., 10, 24-25; Venul., 6 Interd., 11); or Labéon déclare que l'action exercée en vertu de cet interdit contre le tiers acquéreur est destinée *rei restituendæ gratia, non pœnæ nomine* (ap. Venul., 25, 1). Enfin tous les textes s'accordent à présenter l'action paulienne comme tendant à révoquer l'acte frauduleux, à rétablir le patrimoine du débiteur dans son état antérieur (Ulp., 1, 1 : *Quo edicto consuluit (prætor) creditoribus revocando ea quæcumque in fraudem eorum alienata sunt ;* Paul, 7 : *Hi quibus de revocando eo actio datur ;* cf. Lab., 6, 10 ; Paul, D., XXII, 1, 38, 4 ; pour l'interdit, Jul., *h. t.*, 17 pr.; Ulp., 14. 2° L'action Paulienne est-elle arbitraire? Aucun texte ne le dit, mais on peut invoquer pour le soutenir soit l'analogie qui existe entre cette action et l'action Fabienne qui est certainement arbitraire (frg., *de formula Fabiana* (Papyr. Vienne, 1) : *Formula qu[a]s[i] ex delicto venerit liberti, et est in fa[ctum et ar]bitraria*), soit le but de l'action tel qu'il vient d'être défini. On remarquera aussi que l'action exercée en vertu de l'interdit fraudatoire, est arbitraire (Venul., *h. t.*, 8 ; Ulp., 10, 19-29 ; 14). 3° L'action Paulienne, si elle est la sanction d'un délit, ne peut être qu'une action personnelle : les classiques lui attribuent ce caractère (Paul, 6 ad Plaut., D., XXII, 1, 38 pr.; 4). Justinien, au contraire, semble la ranger parmi les actions réelles, tout au moins dans le cas où elle tend à faire révoquer une aliénation (*Inst.*, IV, 6, 6). Mais cette action n'est donnée que *rescissa traditione;* elle permet aux créanciers de revendiquer l'objet, comme s'il n'y avait pas eu tradition translative de propriété. De plus, elle est donnée non pas contre tout tiers détenteur, mais seulement contre celui à qui le débiteur a livré la chose. Il s'agit donc ici, non pas d'une action réelle, mais d'un *in integrum restitutio*. Cette voie de procédure sera préférée à l'action personnelle, en cas d'insolvabilité du défendeur. Est-ce une innovation de Justinien? Aucun texte ne permet d'affirmer qu'elle est antérieure, mais rien ne s'oppose à ce que la jurisprudence classique ait admis une *in integrum restitutio ob fraudem*, comme elle a admis une *in int. rest. ob dolum* (Paul, *eod.*).

(3) Lenel (*E. P.*, 352) attribue un effet différent à cette disposition de l'édit contre le *defraudator*.

enfermé, avec l'autorisation du magistrat, dans une prison privée (1).

Quatre conditions sont requises pour exercer efficacement cette action : 1° que le débiteur se soit appauvri (2), soit par un acte positif (contrat, numération de deniers, acceptilation, pacte de remise) (3), soit par une abstention (perte d'une servitude par non usage, péremption d'instance, non exercice d'une action temporaire) (4). S'il a négligé de s'enrichir, l'action n'est pas recevable (répudiation d'une hérédité, d'un legs, d'une donation) (5). 2° Qu'il y ait préjudice pour les créanciers (*eventus damni*) (6). Ils prouveront ce préjudice en montrant que le produit de la vente des biens du débiteur est insuffisant pour les désintéresser. 3° Que le débiteur ait agi en connaissance de cause (*consilium fraudis*). Il suffit de prouver que le débiteur a su qu'il se rendait insolvable ou qu'il augmentait son insolvabilité (7). 4° Que le tiers qui a participé à l'acte frauduleux (8) soit complice de la fraude (*conscius fraudis*) (9). On ne considère pas comme tel le créancier qui, connaissant la situation du débiteur, s'est fait payer ce qui lui est dû avant l'envoi en pos-

(1) La formule de l'action Paulienne est-elle fictice ou *in factum?* Lenel (*E. P.*, 353) et Voigt (*Rg.*, I, 763, 79) la considèrent comme fictice à cause de *Inst.*, IV, 6, 6, qui d'après eux se réfère à l'action Paulienne. Si Justinien classe l'action dont il parle parmi les actions réelles, c'est qu'il a pris l'apparence pour la réalité. En faveur de l'opinion contraire, on peut invoquer l'analogie qui existe entre l'action Paulienne et l'action Fabienne : la première doit être *in factum* comme la seconde.

(2) L'adition d'une hérédité, même si le passif excède l'actif, ne peut être attaquée par l'action Paulienne. Le Préteur peut cependant, à titre exceptionnel, venir *extra ordinem* au secours des créanciers. Ulp., D., XLII, 6, 1, 5. Cf. p. 634, 1.

(3) Ulp., 1, 2. Le débiteur qui paye sa dette ne saurait être critiqué.

(4) Ulp., 3, 1; cf. Paul, 68 ad Ed., *eod.*, 4. Ce texte est relatif à l'interdit; le premier a peut-être été interpolé. Cf. Solazzi, 332.

(5) Ulp., 6 pr. : *Pertinet edictum ad deminuentes patrimonium suum, non ad eos qui agunt ne locupletentur.* Ulp., 6, 1-5; Jul., *eod.*, 6, 4.

(6) Par exception, l'affranchissement d'un esclave en fraude de ses créanciers (Gaius, I, 37), même hypothécaires (Sev., Carac., *C. J.*, VII, 7, 8, 3; Alex., *eod.*, 4; Paul, 39 ad Ed., D., XL, 1, 3; Ulp., 3 Disp., D., XL, 9, 4), ou de son patron est nul, et non pas seulement révocable. La loi Ælia Sentia a dérogé à la règle : *Libertatem semel præstitam revocari non licet* (p. 139, 10).

(7) Cf. Jul., 49 Dig., D., XLII, 8, 15; 17, 1; Ulp., 73 ad Ed., *eod.*, 10, 1.

(8) Doit-on appliquer la même règle aux sous-acquéreurs? On l'a soutenu en invoquant *a contrario* Paul, 9, qui, suivant l'opinion de Sabinus, refuse l'action Paulienne contre le sous-acquéreur de bonne foi (cf. Dernburg, II, § 145, 15). Windscheid (II, § 463, 23) trouve cet argument *a contrario* insuffisant.

(9) Edict., ap. Ulp, 1 pr. : *Cum eo qui fraudem non ignoraverit.* Cette condition est développée par Ulpien à propos de l'interdit fraudatoire : D., XLII, 8, 10, 2-5. Mais pour cet interdit, une clause spéciale de l'édit réservait au Préteur le droit de le donner après enquête même contre un tiers qui ne serait pas complice (Ulp., 73 ad Ed., *eod.*, 10 pr., *in fine*). Dans un cas particulier, celui d'une aliénation faite *dotis causa*, certains jurisconsultes, appliquant la doctrine admise pour l'action, pensaient que l'interdit devait toujours être donné contre la femme, comme si elle avait reçu une donation (ap. Venul., 6 Interd., *eod.*, 25, 1).

session : *sibi enim vigilavit* (1). La jurisprudence a de bonne heure fait une situation à part au tiers acquéreur à titre gratuit : s'il n'est pas complice de la fraude, elle le déclare tenu dans la mesure de son enrichissement. L'action sera donnée contre lui à titre d'action utile (2).

Le défendeur condamné est tenu d'indemniser les créanciers de la totalité du préjudice causé (3), alors même qu'il n'aurait pas conservé le bénéfice de l'acquisition : il est en effet obligé en raison de son dol (4). Mais cette responsabilité est limitée à une année à dater de la vente des biens du débiteur (5).

Indépendamment de l'interdit fraudatoire et de l'action Paulienne, l'édit contenait deux clauses relatives : l'une aux contrats conclus frauduleusement par le débiteur après la *bonorum venditio;* l'autre, aux poursuites qui peuvent être exercées contre lui en raison de ses engagements antérieurs. Dans le premier cas, le Préteur déclare qu'il refusera toute action au créancier qui a traité en connaissance de cause; s'il y a doute, le *bonorum emptor* opposera l'exception *fraudatorum creditorum* (6). Dans le second cas, le Préteur restreint le droit des créanciers pendant l'année qui suit la *bonorum venditio :* ils ne peuvent agir contre le débiteur que dans la mesure de ses facultés. C'est un bénéfice de compétence qui est accordé au débiteur sans qu'il ait fait cession de biens, mais il n'en jouit que pendant un an (7).

CHAPITRE IX

Obligations imposées par la loi.

Sous cette dénomination, nous réunissons un certain nombre d'obligations qui ne résultent ni des contrats ni des délits. Ces obligations sont de diverses sortes : la jurisprudence a essayé de

(1) Jul., ap. Ulp., 6, 7; cf. Lab., 6, 6 : *Eum, qui suum recipiat, nullam videri fraudem facere.* Cf. p. 698, 3. Si le créancier s'est fait payer avant l'échéance, un texte relatif à l'interdit fraudatoire (Ulp., 10, 12) décide que le créancier devra tenir compte du bénéfice que lui a procuré ce payement anticipé (*commodum in repræsentatione* ou *interusurium*).

(2) Lab., ap. Ulp., 6, 12; Ulp., 6, 11 (donataire); Proc., 6, 13 (légataire).

(3) Paul, 6 ad Plaut., D., XXII, 1, 38, 4 : *Fructus quoque restituuntur, nam prætor id agit ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset.*

(4) Sab., ap. Paul, 62 ad Ed., D., XLII, 8, 9 pr.

(5) Ulp., 6, 14. D'après l'édit, le délai court du jour *quo experiundi potestas fuerit* : or, les créanciers ne peuvent agir avant d'avoir la preuve du préjudice.

(6) Ulp., 64, 22, ad Ed., D., XLII, 5, 25; XII, 2, 9, 5.

(7) P. 769. Diocl., C., VII, 75, 6.

les classer d'après leurs effets qui ressemblent tantôt à ceux des contrats, tantôt à ceux des délits. Rentrent dans la première classe les obligations résultant d'un enrichissement sans cause, de la gestion d'affaires, de la tutelle, de l'indivision : leurs effets sont analogues à ceux des obligations nées du *mutuum*, du mandat, de la société. Rentrent dans la seconde classe les obligations qui incombent au juge qui a fait le procès sien, à celui qui habite un appartement d'où l'on a jeté quelque chose sur la voie publique, et autres semblables.

Cette classification est loin d'être complète : il y a des obligations que la loi ou l'édit impose sans qu'on puisse signaler une analogie entre leurs effets et ceux des contrats ou des délits. Telles sont les obligations motivées par des rapports de parenté ou de voisinage (p. 82, 3; 84; 192); l'obligation de fournir caution imposée par le Préteur à certaines personnes. Aussi Gaius se borne-t-il à constater que ces obligations qui ne résultent ni d'un contrat ni d'un délit, ont des sources diverses (*variæ causarum figuræ*) (p. 349). On les étudiera successivement en laissant de côté celles dont on s'est déjà occupé.

I

ENRICHISSEMENT INJUSTE.

I. Principe. — L'un des préceptes fondamentaux du droit aussi bien que de la morale, est de rendre à chacun ce qui lui appartient : *suum cuique tribuere*. Les Romains ne l'ont jamais méconnu, car il faisait partie du fonds d'idées morales commun aux peuples gréco-italiques; mais ils ne lui ont attribué à l'origine et dans la sphère du droit qu'une portée limitée. Ses deux principales applications étaient : le respect du droit de propriété, le respect des engagements solennellement contractés. C'était l'essentiel dans un état de civilisation où les rapports d'affaires étaient peu compliqués, où les occasions de contracter, le prêt excepté, étaient peu nombreuses.

Avec les progrès de l'état social, à mesure que les idées morales des Romains se sont affinées sous l'influence de la philosophie grecque, ces applications ont paru insuffisantes (1). On a déduit du vieux précepte une nouvelle conséquence : on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui (2).

(1) Cic., *ad Att.*, XIV, 20, 3 : *Suam cuique sponsam, mihi meam; suum cuique morem, mihi meum. Non scite : hoc enim Attilius, poeta durissimus.*

(2) Cette conséquence apparaît déjà, sous forme de boutade, chez les poètes du

Pris dans sa généralité et avec le caractère absolu que lui donnaient les philosophes, le principe n'était pas susceptible d'être consacré par le droit (1) : il était en bien des cas contraire aux exigences et aux besoins du commerce (2) ; on a dû tenir compte des lois économiques qui régissent les rapports d'affaires. C'était là une tâche difficile : la jurisprudence a procédé avec circonspection, et la théorie qui se dégage de ses décisions n'a pris une certaine ampleur qu'au siècle des Antonins (p. 50).

II. Notion de l'enrichissement injuste. — Si l'on se place à la fin de l'époque classique, le principe qu'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui, exige pour son application : 1° un enrichissement aux dépens d'autrui. L'enrichissement résulte en général d'un acte juridique entraînant une augmentation du patrimoine : acquisition d'un droit de propriété, d'un droit d'usufruit sur la chose d'autrui (3), d'un droit de créance (4), de la possession, libération d'une servitude, acceptilation d'une dette (5). Il y a aussi enrichissement lorsqu'on évite une diminution du patrimoine : un vendeur a omis, lors du transfert de la propriété, de se réserver une servitude de passage comme il était convenu lors du contrat; un héritier a omis d'exiger du légataire

vi^e siècle de Rome, Plaute (*Asin.*, I, 3, 20 : *Par pari datum hostimentum'st*) et Térence (*Andr.*, IV, 1, 1 : *Tanta vecordia innata cuiquam ut siet... ex incommodis alterius sua ut comparent commoda*). Un siècle plus tard, Cicéron en fait un principe de la philosophie du droit (*De off.*, III, 5 : *Illud natura non patitur ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes augeamus. Neque vero hoc solum natura, id est jure gentium sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus respublica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat, sui commodi causa nocere alteri*). La jurisprudence et la loi l'ont accueilli, mais avec des restrictions.

(1) On a souvent prétendu que les Romains ont donné à ce principe une portée générale. On a invoqué en ce sens deux fragments de Pomponius : *Jure naturæ æquum est, neminem cum alterius detrimento et injuria locupletiorem fieri* (D., XXIII, 3, 6, 2). *Bono et æquo non convenit aut lucrari aliquem cum damno alterius, aut damnum sentire per alterius lucrum* (D., L, 17, 206). Mais on ne saurait attribuer à ces deux propositions une valeur absolue qu'elles n'avaient pas dans la pensée de leur auteur. La seconde est relative à l'exercice de l'action *rei uxoriæ* lorsque la dot a été constituée avec estimation : si cette estimation est trop faible ou trop forte, elle sera rectifiée par le juge, parce que l'un des conjoints ne doit pas s'enrichir aux dépens de l'autre (p. 103, 9). Quant à la première proposition, elle est extraite du livre 9 des *variæ lectiones*, et c'est le seul fragment que l'on ait de ce livre; on ignore donc à quelle occasion elle a été écrite. On lui a pendant longtemps donné une portée générale parce qu'elle figure au titre *De regulis juris ;* on reconnaît aujourd'hui que bien des textes insérés dans ce titre ne doivent pas être généralisés. Il en est ainsi du fragment de Pomponius (p. 262, 2).

(2) Il n'y aurait pas de commerce possible, s'il n'était permis de réaliser un bénéfice en traitant avec autrui. Il est de l'intérêt de chacun de consentir un léger sacrifice pour se procurer plus facilement les objets qui lui sont nécessaires.

(3) Paul, 7 ad Sab., D., XII, 6, 12.

(4) Ulp., 43 ad Sab., D., XII, 7, 1 pr.; 1, 2; Jul., 8 Dig., *eod.*, 3.

(5) Paul, D., XII, 6, 15, 1; Ulp., *eod.*, 5, 6; Jav., D., XII, 4, 10.

d'usufruit la promesse de jouir en bon père de famille (1).

2° L'enrichissement doit en général avoir lieu sans la volonté de la personne qui subit le préjudice (construction sur le terrain d'autrui, payement d'une dette par un tiers qui croit être le débiteur, gestion des affaires d'autrui alors qu'on croit faire sa propre affaire); s'il y a donation ou commodat, le principe n'a pas d'application. Il en est autrement dans quelques cas exceptionnels où l'enrichissement résulte d'un acte volontaire de celui qui a subi le préjudice : 1° lorsque le droit n'admet pas la validité de l'acte (donation entre époux, incapacité du *tradens*, intérêts usuraires, payement de l'indû) ; 2° lorsque l'acte est révocable (donation à cause de mort) ; 3° si l'acte a été fait en vue d'une cause qui n'existe pas ou ne s'est pas réalisée.

3° L'enrichissement doit être injustifié. Le critérium pour apprécier cette condition est susceptible de varier suivant les époques, il dépend des usages. Ainsi l'on permet au possesseur de bonne foi d'usucaper, de garder les fruits de la chose d'autrui; on tolère cet enrichissement qui s'exerce aux dépens d'un propriétaire négligent (p. 231, 3). En matière de vente, il est permis de se circonvenir réciproquement (*dolus bonus*) : l'un achète la chose au-dessous de sa valeur réelle, ou l'autre en retirera un prix supérieur (p. 399, 4).

III. Obligation résultant d'un enrichissement injuste. — C'est en cette matière que le droit civil a pour la première fois admis qu'une obligation, non délictuelle, pourrait se former sans solennité. Il a sanctionné directement un devoir consacré par l'usage des honnêtes gens, sans qu'il fût nécessaire de le confirmer par une stipulation ou une *expensilatio* (I, 580). Ce devoir consiste à ne pas retenir injustement le bien d'autrui, à rendre à chacun ce qui lui appartient : il est sanctionné par une *condictio*. Telle était l'opinion des *Veteres* : elle fut accueillie par les Sabiniens et par les Proculiens (2).

Cette sanction, donnée par l'ancien droit à un acte non solennel, est une anomalie qui s'explique historiquement; on a étendu au droit privé une règle du droit public. La *condictio* rappelle, par sa forme et par son objet, la procédure consacrée par le droit fécial (3). Elle était, au temps des actions de la loi,

(1) Pomp., 22 ad Sab., D., XII, 6, 22, 1; Ulp., 29 ad Ed., D., VII, 9, 7 pr. ; 18 ad Sab., D., VII, 5, 5, 1 ; Marc., 3 Reg., D., XII, 6, 40, 1.

(2) Ulp., 18 ad Sab., D., XII, 5, 6 : *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id quod ex injusta causa apud aliquem sit, posse condici : in qua sententia etiam Celsus est.*

(3) Liv., I, 32 : *Jus ab antiqua gente Æquicolis, quod nunc feciales habent descripsit, quod res repetuntur.*

précédée d'une sommation ; elle avait pour objet une *rerum repetitio* (1), la répétition d'une valeur injustement conservée par le défendeur. C'est en raison de cette origine que les Romains rattachent la *condictio* au *jus gentium* : ils ont constaté de bonne heure qu'elle était en usage chez tous les peuples avec lesquels ils étaient en relations. Ils lui donnent pour fondement *bonum et æquum* parce qu'elle consacre, non pas une règle arbitraire, mais un devoir de morale (*suum cuique tribuere*) (2). Sous ce rapport, elle tend au même but que l'action de bonne foi et l'exception de dol (3).

Aux yeux des *Veteres*, la *condictio* n'a pas son fondement dans la volonté expresse ou tacite des parties. Cette assertion n'est pas en contradiction avec l'emploi de la *condictio* pour sanctionner les trois contrats de *mutuum*, de stipulation, d'*expensilatio*. Dans le *mutuum*, ce qui est essentiel, c'est la remise de la chose : le devoir de restituer n'existe que dans la mesure de la dation; la volonté des parties n'y peut rien changer Cette volonté n'est donc pas ici l'élément prépondérant. L'action qui sanctionne le *mutuum* se justifie par l'idée qu'il est contraire à l'usage des honnêtes gens de conserver ce qu'une personne, confiante en notre loyauté, nous a prêté : l'emprunteur qui ne restitue pas commet un abus de confiance. Il en est de même du promettant qui n'accomplit pas son engagement conformément à la stipulation ou à l'*expensilatio*. Comme le *mutuum*, la stipulation implique la confiance du stipulant dans la loyauté du promettant : *verbis credimus*. Enfin dans ces trois contrats, les pactes adjoints *in continenti* furent à l'origine sans valeur : la volonté des parties n'était donc pas ici l'élément décisif.

A l'époque classique, la *condictio* a toujours eu pour but, dans ses applications multiples, d'empêcher l'enrichissement injustifié d'une personne aux dépens d'une autre. Elle a permis à la jurisprudence de combler bien des lacunes de la procédure, en procurant une voie de recours à des personnes qui ne pouvaient invoquer une obligation découlant d'un contrat ou d'un délit. Aussi la théorie de la *condictio* tient-elle une place importante dans l'histoire de la législation romaine. Elle s'est développée à la fin de la République en même temps que celle des *tituli possessionis* et des causes d'usucapion, en même temps que la théorie des contrats consensuels.

Ces trois théories présentent un trait commun, qui caractérise

(1) T. Ier, 401, 4. Gaius, II, 283.
(2) Cels., 5, 6 Dig., D., XII, 1, 32; 6, 47; Marc, 3 Reg., D., XXV, 1, 25.
(3) Scæv., D., XXVI, 58 pr.; Ulp., D., XLIV, 4, 2, 3. Cf. Pernice, *Lab.*, III, 218.

la tendance dominante de la jurisprudence au temps de Cicéron et d'Auguste : c'est la recherche du motif ou du but économique des actes sociaux pour lui donner une valeur juridique. C'est une réaction contre le système antérieur qui ne connaissait que les actes abstraits. Mais tandis qu'en consacrant les contrats consensuels, on s'est borné à élever au rang d'actes juridiques des pactes conclus sans observer les formes du droit, dans la théorie des *condictiones*, on a fait un pas de plus : on a permis d'attaquer un acte régulièrement fait d'après le droit civil, de répéter une acquisition non justifiée, réalisée aux dépens du patrimoine d'autrui. C'est le triomphe de l'équité sur le droit strict.

Nous n'examinerons ici que les cas d'enrichissement injuste sanctionnés par une *condictio*, en laissant de côté les applications déjà étudiées : la *condictio* résultant de la stipulation, de l'*expensilatio*, du *mutuum*, du vol et la *condictio generalis* (1).

IV. Répression de l'enrichissement injuste. — Conformément à une loi bien connue de l'histoire du droit, le principe qu'on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui a été consacré dans des cas particuliers avant de recevoir une portée générale. Sous la République, on a utilisé la *condictio* créée par les lois Silia et Calpurnia (2); on a aussi créé des actions spéciales (3). Sous l'Em-

(1) T. I[er], 686-688. Les difficultés d'interprétation de D., XII, 1, 9 pr. sont supprimées par les auteurs qui tiennent ce texte pour interpolé. Naber, *Mnemosyne*, 1891, p. 182; Pernice, *Z. Sav. St.*, 1892, p. 250; Girard, *N. Rev. hist.*, XIX, 416; Lenel, *E. P.* I, 269.

(2) 1° Pour répéter une *pecunia certa* (action *certæ pecuniæ*) ou toute autre *res certa* (*condictio triticaria*) promise par stipulation ou *expensilatio*, ou due en vertu d'un *mutuum* (I, 668; 631). On assimile la *res certa* solennellement promise à celle qui a été effectivement livrée. Dans les deux cas, il y a un fait matériel qui rend manifeste l'injustice de celui qui prétend conserver, après l'échéance, la valeur reçue ou promise (I, 688, 1). 2° Pour répéter le payement de l'indû (*condictio indebiti*). 3° Pour réclamer un objet volé (*condictio furtiva*, I, 338).

(3) Proposées par la loi, par l'édit, par la jurisprudence : 1° l'action *sacramenti* par la loi Calpurnia de 605 et par la loi Junia contre les concussionnaires (Lex Acilia, *C. I. L.*, I, 198, l. 23); 2° la *condictio ex lege repetundarum* contre les tiers qui ont profité de la concussion (Cic., *p. Rab. Post*, 4, 8-9 : *Jubet lex Julia persequi ab iis, ad quos ex pecunia, quam is ceperit, qui damnatus sit, pervenerit... hoc totidem verbis translatum caput est, quot fuit non modo in Cornelia, sed etiam ante in lege Servilia.* La loi Servilia a été rendue, suivant Mommsen (*Strafr.*, 709), peu de temps avant 643); 3° l'action contre les héritiers du concussionnaire en vertu de la loi Julia *repetundarum* de 695 (Scæv., 4 Reg., D., XLVIII, 11, 2), successivement appliquée à tous les délits prétoriens (p. 465, 1); 4° l'action *rerum amotarum* contre la femme répudiée qui a détourné certains biens du mari (I, 501, 1; 686, 1); 5° l'action édilicienne *in factum* tendant à la restitution du prix à l'acheteur après la résiliation de la vente (*Vat. fr.*, 14); 6° l'action Paulienne utile contre le tiers acquéreur qui n'est pas complice de la fraude commise par le débiteur envers ses créanciers (p. 491, 1); 7° l'action *de in rem verso* donnée contre le *pater familias* en raison du profit qu'il a retiré d'un acte (contrat ou délit) accompli par son fils ou son esclave sans son ordre et en dehors de l'administration du pécule (p. 338, 5); 8° l'*in integrum restitutio* promise par le Préteur pour rescinder une usucapion

pire, on a multiplié les applications (1); l'œuvre de la jurisprudence a été surtout importante, soit au point de vue doctrinal, soit au point de vue pratique : d'une part, elle a tenté de réunir les divers cas d'application des *condictiones* en un petit nombre de groupes, de manière à marquer plus nettement les limites entre lesquelles le principe devait être consacré par le droit; d'autre part, elle a donné au principe une large extension en procédant de deux manières : elle a d'abord cherché à étendre l'application de la *condictio;* elle a ensuite jugé préférable d'utiliser partout où c'était possible les voies de droit existantes : l'action de bonne foi en matière contractuelle, la formule pétitoire en matière réelle, dans quelques cas exceptionnels l'*in integrum restitutio*.

§ 1[er]. *Extension de la* condictio. — Au I[er] siècle, Sabiniens et Proculiens sont en désaccord quant à l'extension à donner à la *condictio*. Les Sabiniens l'appliquent alors même qu'il existe une autre action (réelle ou de bonne foi), les Proculiens la refusent (2). Lorsqu'un locataire a payé son loyer d'avance et que la maison s'écroule avant la fin du bail, Mela écarte la *condictio indebiti* pour donner l'action *conducti*. Proculus refuse la *condictio* au propriétaire qui a l'action réelle; il ne l'accorde qu'au *non dominus* (3). De ces tendances divergentes, celle des Sabiniens a prévalu en certains cas : Celsus admet avec Ariston la *condictio possessionis* pour réclamer, sinon la propriété de l'objet volé, du moins la possession (4). Julien l'admet aussi en cas de précaire (p. 394, 2). Cette application de la *condictio* ne présente qu'un intérêt secondaire; il n'en est pas de même de l'extension admise au II[e] siècle (5).

Julien et Pomponius permettent de répéter une promesse

accomplie au préjudice d'une personne absente pour le service de l'Etat, ou retenue en captivité, et dans quelques cas analogues (p. 720, 4); 9° l'*in integrum restitutio* promise au mineur de 25 ans contre le tiers qui s'est enrichi à ses dépens (p. 167); 10° l'action utile donnée contre le pupille ou contre le fou en raison du profit qu'il a retiré d'un dol commis par le tuteur ou le curateur (Lab., ap. Pap., D., XXVI, 9, 3).

(1) Il suffira de citer le Sc. Juventien (p. 647), les rescrits d'Antonin le Pieux sur la vente des biens héréditaires par le possesseur de l'hérédité (Jul., 64 Dig., D., IV, 2, 18) et sur l'obligation du pupille qui a géré les affaires d'autrui (Ulp., 10 ad Ed., D., III, 5, 3, 4), le rescrit de Marc-Aurèle qui dispense les possesseurs de bonne foi d'une hérédité de rendre les intérêts, si ce n'est dans la mesure de leur enrichissement (*C. J.*, III, 31, 1, 1).

(2) Ap. Ulp., 18, 41, ad Sab., D., XIII, 3, 2; XLVII, 2, 25, 1.

(3) Ulp., 30 ad Sab., D., XVII, 2, 45 et 47 pr.

(4) Ap. Ulp., D., XIX, 2, 19, 6; Proc., 7 epist., D., XII, 6, 53.

(5) Au début du II[e] siecle, le proculien Celsus accorde la *condictio* de la manière la plus large, dans tous les cas où *pecunia mea quæ ad te pervenit, eam mihi a te reddi bonum et æquum est* (5 Dig., D., XII, 1, 32). Nerat., Cels., ap. Ulp., D., XIII, 1, 12, 2; D., XIII, 3, 2.

sans cause, en exigeant une acceptilation (1). Pomponius accorde la *condictio cautionis* à celui qui aurait omis d'exiger une promesse sous caution à laquelle il avait droit : tel serait un héritier qui aurait acquitté un legs sans exiger la caution destinée à lui garantir la quarte Falcidie ; il est censé avoir payé plus qu'il ne doit. Enfin Pomponius admet une *condictio servitutis* : celui qui a mancipé un fonds sans se réserver, comme il était convenu avec l'acquéreur, un droit de passage, pourra répéter la servitude (2).

Plus importante est la *condictio* des impenses faites sur la chose d'autrui, lorsque l'ayant droit a négligé d'user de son droit de rétention. Ici la *condictio* n'est plus une action en répétition ; il n'y a pas eu dation proprement dite de l'une des parties à l'autre ; on réclame une prestation distincte. Aussi Julien justifie l'application de la *condictio*, non plus par l'idée d'un enrichissement, mais par celle d'un *negotium* qui s'est formé entre les parties par le fait même de la prestation : c'est comme si l'on avait payé plus que le montant de la dette (3).

Cette extension donnée à la *condictio* n'a pas été sans quelque résistance. Beaucoup de jurisconsultes refusaient d'appliquer à la dot la *condictio* des impenses que le mari avait négligé de retenir (4) : Papinien n'admet pas la *condictio cautionis* ; il permet seulement d'opposer l'exception de dol. Pour lui, la *condictio* sert à reprendre, à recouvrer ce qui est passé sans cause de notre patrimoine dans le patrimoine d'autrui (5). Marcellus et Ulpien sont d'un autre avis : ils acceptent la *condictio* des impenses, même en matière de dot, et la *condictio obligationis* (6).

Si Julien et les jurisconsultes de son école ont élargi la sphère d'application des *condictiones* (7), ils ont cependant senti qu'il y

(1) Jul., 8 Dig., D., XIII, 7, 3 ; ap. Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 4, 7 pr., 1 ; Pomp., ap. Paul, 3 ad Sab., D., XIX, 1, 5, 1.
(2) 39 Dig., D., XII, 6, 33.
(3) Pomp., ap. Ulp., D., XXXV, 3, 3, 10 ; 22 ad Sab., D., XII, 6, 22, 1.
(4) Ulp., 36 ad Sab., D., XXV, 1, 5, 2.
(5) 19, 8 Quæst., D., XXXI, 69, 3 ; XII, 6, 66.
(6) Ulp., 29 ad Ed., D., XVI, 1, 8, 2-3 ; 1 Opin., D., XII, 6, 31 ; 52 ad Ed., D., XXXVI, 4, 1 pr. Il n'y a pas de *condictio* de l'acceptilation : on répète une valeur équivalente à celle que devait le débiteur libéré. (Jav., 1 ex Plaut., D., XII, 4, 10 ; Afr., 9 Quæst., D., XXXIX, 6, 20 ; Paul, *eod.*, 35, 6).
(7) On a contesté cette extension de la *condictio* en alléguant que les textes précités ont été interpolés (Pflueger, *Z. Sav. St.*, XVIII, 75). Mais sauf pour quelques textes qui semblent suspects (comme ceux qui ont trait à la *cautio usufructuaria*, p. 280, 4 ; cf. Gradenwitz, *Interpol.*, 27 ; Pernice, *Lab.*, III, 203, 5), l'interpolation n'est pas prouvée. On a également prétendu que tout au moins le nom de *condictio incerti* est dû aux compilateurs : le droit classique n'aurait connu que la *condictio triticaria* (Trampedach, *Z. Sav. St.*, XVII, 135). Cette question de terminologie n'a

avait une part de vérité dans l'opinion des Proculiens qui n'admettaient la *condictio* qu'à défaut d'un autre moyen d'empêcher l'enrichissement injuste. Aussi ont-ils cherché à définir les cas où la *condictio* devait être admise. Ils les ont répartis en un certain nombre de groupes afin de marquer leurs caractères propres et distinctifs. Mais ce programme n'a été réalisé qu'en partie : laissant de côté les *condictiones* résultant du *mutuum* ou de la stipulation ainsi que la *condictio furtiva*, ils ne se sont occupés que des *condictiones* fondées sur une *datio* (1), et en ont distingué trois sortes suivant qu'elles sont motivées par le payement de l'indû, par une *datio ob causam* (*prœteritam*) ou par une *datio ob rem* (*futuram*) (2). Dans tous les cas qui ne rentraient pas dans

qu'un intérêt secondaire. Ce qui paraît certain, c'est que la *condictio incerti* a son point de départ dans la *condictio certœ rei* (t. I[er], 688); mais le doute que nous avons émis sur la création récente de cette *condictio* doit disparaître en présence de ce fait, qu'on ne rencontre pas la *condictio incerti* avant la fin du I[er] siècle. Cf. sur l'origine des *condictiones*, PERNICE, III, 202 ; GIRARD, *Nouv. Rev. hist.*, 1895, p. 418; JOBBÉ-DUVAL, *Etudes*, I, 63; LENEL, *E. P.*, I, 179.

(1) PAUL, 17 ad Plaut., D., XII, 6, 65 pr. : *In summa, ut generaliter de repetitione tractemus, sciendum est dari aut ob transactionem aut ob causam aut propter conditionem aut ob rem aut indebitum ; in quibus omnibus quœritur de repetitione.* A côté de cette classification des *condictiones* fondées sur une dation, il en est une autre plus générale indiquée dans les rubriques de certains titres du Digeste et du Code. Au Digeste, on distingue les *condictiones causa data causa non secuta, ob turpem vel injustam causam, indebiti, sine causa, furtiva, ex lege* (I, 683) ; au Code, les *condictiones indebiti ob causam datorum, ob turpem causam, furtiva, ex lege, sine causa vel injusta causa* (C., IV, 5-8). Il est douteux que cette classification soit due aux classiques : certaines expressions comme celle de *condictio causa data causa non secuta*, trahissent la main des compilateurs ; plusieurs textes ont été interpolés pour être placés sous des rubriques qui ne leur convenaient pas exactement. D'ailleurs cette classification n'est guère plus satisfaisante que la précédente : elle n'est pas complète, car elle laisse de côté les *condictiones* résultant de la stipulation ou du *mutuum;* elle n'est pas claire, car elle donne à la *condictio ob injustam causam* et à la *condictio sine causa* une portée restreinte qui ne concorde ni pour la première avec la *constitutio veterum* citée par Sabinus, ni pour la seconde avec la notion générale de la *condictio sine causa* qui s'applique à tous les cas d'enrichissement sans cause (PAP., 8 Quæst., D., XII, 6, 66 : *Hœc condictio... quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit ;* JAV., 1 ex Plaut., D., XII, 4, 10; JUL., 8 Dig., D., XII, 7, 3). Quant à la *condictio ex lege*, elle est étrangère à la théorie de l'enrichissement injuste : elle appartient à une époque où le mot *condictio* désigne toute action personnelle tendant à *dari fierive oportere* (I, 685). Elle sanctionne toute obligation imposée par une loi nouvelle, sans qu'on ait indiqué l'action à intenter (PAUL, 2 ad Plaut., D., XIII, 2, 1). On chercherait vainement un exemple de cette action dans les titres du Digeste et du Code consacrés à la *condictio ex lege*. Mais on peut citer l'action créée par la loi Julia *municipalis* (l. 44-45) et ordonnant au magistrat dans un cas spécial *judicem judiciumve ita dare, utei de pecunia credita* (*judicem judiciumve dari oporteret*); l'action donnée en vertu de la loi Julia *de adulteriis* (MARC., D., XLVII, 5, 28); au Bas-Empire, l'action qui sanctionne le pacte de constitution de dot ou de donation et quelques autres (*Inst.*, IV, 6, 24 et 25; *C. J.*, III, 31, 12, 1; VI, 30, 22, 6). Cf. p. 837.

(2) POMP., 27 ad Q. MUC., D., XII, 6, 52 : *Damus aut ob causam aut ob rem; ob causam prœteritam, veluti cum ideo do, quod aliquid a te consecutus sum, vel quia*

l'un ou l'autre de ces groupes, la *condictio* fut exclue. On y suppléa soit par des actions utiles, soit par des actions *in factum*. Julien, il est vrai, paraît avoir eu l'idée d'une *condictio sine causa*, qui aurait trouvé ici sa place (1) ; mais cette opinion ne fut pas adoptée par les jurisconsultes postérieurs (2).

Malgré l'extension donnée à la *condictio* et aux actions *in factum*, il est toujours resté quelques cas où l'on n'a accordé aucune action (3). Si la théorie des *condictiones* est restée inachevée, c'est que la jurisprudence a suivi parallèlement une autre voie pour empêcher l'enrichissement injuste : il lui a paru plus simple d'utiliser, toutes les fois que c'était possible, les voies de droit déjà existantes.

§ 2. *Action de bonne foi.* — Dans les contrats de bonne foi, lorsque l'une des parties s'enrichit sans cause aux dépens de l'autre, on donne contre elle l'action du contrat et non la *condictio*. Telle était la doctrine de Labéon. Cassius laissait le

aliquid a te factum est, ut etiamsi falsa causa sit, repetitio ejus pecuniæ non sit; ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit. Cf. sur la *datio ob causam* et la *datio ob rem*, Paul, *eod.*, 65, 2 et 4.

(1) Jul., 23 Dig., D., XXXVII, 6, 3, 5. Cf. 40 Dig., D., XII, 6, 34; Afr., 8 Quæst., D., XXIII, 3, 50 pr.

(2) Tryph., 8 Disp., D., XX, 5, 12, 1 : ... *Post evictionem ipsi(us) debitor utili actione (pigneraticia) tenetur, ne ex aliena jactura sibi lucrum acquirat.* Ulp., 2 Disp., D., XXI, 2, 38; Herm., 2 jur. ep., *eod.*, 74.

(3) Ces lacunes ont pour cause une imperfection de la théorie de Julien. La construction qu'il a imaginée a eu pour résultat de restreindre la portée de la *condictio*. Cette construction, qu'il a présentée à propos du payement de l'indû et de la donation à cause de mort (10 Dig., D., XII, 1, 19; cf. Paul, D., XXXIX, 6, 35, 3; Scæv., D., XXIV, 1, 58 pr.), consiste à dire que la *condictio* est motivée par une sorte de convention tacite (*negotium contractum*). Jul., 29 Dig., D., XII, 6, 33 : *Nam is qui non debitam pecuniam solverit, hoc ipso aliquid negotii gerit, cum autem ædificium in area sua ab alio positum dominus occupat, nullum negotium contrahit.* Ulp., 16 ad Sab., *eod.*, 2 pr. : *Si quis sic solverit, ut, si apparuisset esse indebitum... reddatur, repetitio locum habebit, negotium enim contractum est inter eos.* Cette construction est à plusieurs égards excellente. Le payement de l'indû, par exemple, est analogue au *mutuum* (Gaius, III, 91). Il en résulte : 1° qu'un pupille qui a reçu l'indû sans l'*auctoritas* de son tuteur, n'est pas plus obligé que s'il avait emprunté sans son tuteur (*ibid.*; Jul., 21 Dig., D., XXVI, 8, 13) ; 2° que l'on ne peut répéter le payement fait par erreur d'une obligation naturelle (p. 346); 3° qu'on peut, en payant, se réserver la faculté de répéter dans le cas où l'obligation n'existerait pas. C'est une clause accessoire analogue à celles qu'on joint au *mutuum* : elle dispense le *tradens* de prouver qu'il a payé par erreur (Ulp., D., XII, 6, 2 pr.). Mais voici où la conception de Julien est en défaut : si un possesseur, même de bonne foi, fait des impenses sur la chose d'autrui, il n'aura pas de *condictio* pour les répéter; on ne peut pas dire qu'il y ait entre le propriétaire et lui un contrat tacite, car il croyait faire sa propre affaire (Jul., 39 Dig., D., XII, 6, 33). Le possesseur de bonne foi n'aura que la ressource du droit de rétention. Il en est autrement dans le cas prévu par Jul., D., XXX, 60 : il s'agit d'un héritier grevé de fidéicommis qui a fait réparer une maison incendiée avant de la restituer. On peut ici sous-entendre un *negotium* entre le grevé et le fidéicommissaire. La théorie de Julien n'a pas été accueillie par les jurisconsultes postérieurs, ou en tout cas n'a pas été généralisée.

choix entre la *condictio* et l'action du contrat (1), mais l'opinion des Proculiens a ici prévalu. L'action de bonne foi fait fonction de *condictio ob causam*, de *condictio furtiva*, de *condictio ob impensas* (2). Elle permet de réclamer au débiteur le profit intérimaire qu'il a retiré de la chose, bien qu'il n'ait contracté de ce chef aucun engagement (3).

§ 3. *Formule pétitoire.* — Cette formule fait également fonction de *condictio* dans quelques hypothèses : *a*) avant le Sc. Juventien, elle servit à réclamer au possesseur de l'hérédité le prix d'un bien héréditaire qu'il avait vendu dans l'intérêt de l'hérédité (4) ; *b*) même application en cas de revendication (5) ; *c*) elle sert à réclamer les fruits perçus par le possesseur avant la *litis contestatio* (6). La formule pétitoire ne fait fonction de *condictio* que si le défendeur a été de bonne foi lors de l'enrichissement : elle ne se donne pas en cas de vol.

§ 4. *In integrum restitutio.* — En vertu d'une clause générale de l'Edit, l'*in integrum restitutio* (p. 719) est accordée, sans enquête et sans condition de délai, aux créanciers d'un débiteur qui a subi une *capitis deminutio minima ;* elle est également accordée au cas de violence ou de dol (p. 75 ; 483, 6 ; 487).

V. Payement de l'indu. — § 1er. *Notion.* — Celui qui, de bonne foi, reçoit ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui qui a payé par erreur. Cette obligation est sanctionnée par la *condictio indebiti* (7). Quatre conditions sont requises pour qu'elle prenne naissance :

1° Payement de l'indû. Le mot payement est pris ici dans un sens large : il comprend non seulement le transfert de propriété d'une chose dans l'intention d'éteindre une dette (8), mais aussi l'engagement qu'on a indûment contracté ou qu'on a omis

(1) Ap. Paul, D., XIII, 6, 17, 5 ; Ulp., D., XII, 7, 2.

(2) Nerat., ap. Ulp., D., XXI, 2, 37, 2 ; Jul., D., XXX, 84, 5. — Ulp., D., XVIII, 1, 29 et 30. — Treb., Lab., ap. Ulp., D., XIX, 1, 23, 22 ; III, 5, 10, 1.

(3) Paul, 6 ad Plaut., D., XXII, 1, 38, 15 ; Ulp., 15 ad Ed., *eod.*, 34.

(4) Jul., ap. Ulp., 15 ad Ed., D., V, 3, 33, 1.

(5) P. 260. Jul., ap. Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 1, 17 pr. Ailleurs, Julien donne la *condictio* (ap. Afr., 2 Quæst., D., XII, 1, 23).

(6) Julien (ap. Afr., 9 Quæst., D., XLIV, 1, 18) donne la *condictio*. Mais un rescrit de Marc-Aurèle autorise le juge de l'action pétitoire à condamner le defendeur à la pétition d'hérédité dans la mesure de son enrichissement, en raison des fruits perçus. (*C. J.*, III, 31, 1, 1. Cf. Ulp., 15 ad Ed., D., V, 3, 25, 4).

(7) Si le payement a été fait par un *procurator*, un tuteur, un fidéjusseur, l'obligation naît au profit du *dominus*, du pupille ou du débiteur principal (Lab., ap. Paul, 3 ad Sab., D., XII, 6, 6 pr. ; Cels., 6 Dig., *eod.*, 47 ; Pap., 3 Resp., *eod.*, 57 ; Pomp., ap. Scæv., 4 Quæst., D., XIII, 1, 18 pr.). Si le payement a été fait entre les mains d'un *procurator*, la *condictio* ne sera donnée contre lui que si le maître n'a pas ratifié (Cels., ap. Paul, *eod.*, 6, 2).

(8) Même une dation en payement (Marcel., ap. Ulp., D., XII, 6, 26, 4-6).

d'exiger (1). Il y a indû lorsque la dette qu'on a entendu payer est inexistante. On considère comme telle celle qui n'a jamais existé (2), ou qui a cessé d'exister même *jure prætorio :* une dette susceptible d'être paralysée par une exception perpétuelle est inexistante (3). Mais une obligation naturelle existe : celui qui l'acquitte ne peut répéter (4). Les jurisconsultes du IIe siècle ont été plus loin : ils traitent *quasi indebitum* une dette réellement existante (5), soit lorsque le payement a été fait à un autre qu'au créancier, ou par un autre que le débiteur (6), soit lorsque par erreur il a eu pour objet une chose autre que la chose due (7).

2° Payement fait par erreur (8). Celui qui paye l'indû en connaissance de cause est réputé faire une donation (9), à moins qu'il n'agisse comme gérant d'affaires; mais dans aucun cas il ne peut répéter. L'erreur, commise par le *tradens,* n'est prise en considération que si elle est excusable. En principe, l'erreur de

(1) Ulp., 1 Opin., *eod.*, 31; Sev., Car., ap. Marc., *eod.*, 39. P. 290, 4.

(2) Pap., 2 Quæst., *eod.*, 54. On peut répéter le payement d'une dette conditionnelle tant que la condition est en suspens (p. 365, 1), mais non d'une dette à terme, (p. 367, 1), même si le terme est incertain (Pomp., *eod.*, 16, 1; Cels., 17).

(3) Ulp., *eod.*, 26, 3 et 7. Si le caractère de l'exception est actuellement incertain, la répétition est admise comme si la dette était conditionnelle (Pap., 56).

(4) P. 348. Tryph., 7 Disp., *eod.*, 64; Pomp., ap. Paul, *eod.*, 13 pr. On ne peut non plus répéter une peine pécuniaire qu'on a payée, alors même que la cause pour laquelle elle a été infligée a cessé d'exister (Gaius, D., L, 17, 46).

(5) Paul, 17 ad Plaut., *eod.*, 65, 9. Celui qui se croit obligé de payer la dette d'autrui ne peut répéter. *Ibid.*, 44 : le créancier *suum recepit.*

(6) Marc., 4 fid., D., XXXVI, 1, 64 pr.; Pomp., 22 ad Sab., D., XII, 6, 19, 1.

(7) Pomp., *eod.*, 19, 3; Jul., 10 Dig., *eod.*, 32, 3.

(8) Ulp., 1, 1. Cette condition était exigée dès le début de l'Empire. Mela, ap. Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 2. 19, 6. D'après les principes généraux en matière de preuve, celui qui exerce la *condictio indebiti* doit prouver qu'il a payé l'indû par erreur; la bonne foi de l'*accipiens* se présume. Cette règle souffre trois exceptions, d'après un texte attribué à Paul (D., XXII, 3, 25). Le défendeur doit prouver l'existence de la dette : 1° s'il nie le payement et que le demandeur en fasse la preuve ; 2° lorsque la répétition de l'indû est demandée par un pupille, un mineur, une femme, un soldat, un paysan ou toute autre personne inexpérimentée ; 3° en cas de *promissio indebiti* constatée par un titre qui n'indique pas la cause de la dette (*cautio indiscreta*). Ces exceptions, surtout la seconde, sont si anormales qu'il est difficile de croire qu'elles aient été consacrées par la jurisprudence classique. Elles ont, suivant toute vraisemblance, été introduites par les compilateurs du Digeste qui ont en conséquence interpolé le fragment de Paul (Cf. Vangerow, III, 402 ; Lenel, *Z. f. Rg.*, XX, 29, 73, 82; Gradenwitz, *Interpolationen*, 14, 99). On ajoute parfois une quatrième exception : le demandeur n'aurait pas à faire la preuve de l'erreur qu'il a commise (Winsdcheid, II, 426, 26). Il a, dit-on, manifesté sa volonté d'exécuter une obligation en faisant le payement. Le défendeur, qui l'a reçu comme tel, ne peut exiger la preuve de l'intention du demandeur. C'est à lui au contraire à démontrer qu'il a eu tort d'accepter comme un payement ce qui était une donation. Ces raisons ne paraissent pas suffisantes pour justifier une dérogation au droit commun ; l'existence de l'erreur résultera le plus souvent de la preuve du payement de l'indû (Dernburg, II, 141).

(9) Paul, 42 ad Ed., D., L, 17, 53.

fait peut seule être excusée; l'erreur de droit n'est pas admise (1) en tant qu'on peut s'en préserver en consultant un homme de loi (2). Les mineurs de 25 ans, les soldats et les femmes en certains cas (3) peuvent alléguer leur ignorance du droit (4).

3° Bonne foi de l'*accipiens*. Celui qui reçoit sciemment le payement d'une dette inexistante commet un vol : on donne contre lui la *condictio furtiva* et non la *condictio indebiti* (5). Il n'est pas nécessaire qu'il ait cherché, par des manœuvres frauduleuses, à se faire passer pour créancier ou mandataire du créancier (6).

4° D'après les *Veteres*, la répétition de l'indû n'est pas admise pour les dettes qui croissent au double en cas de dénégation (7).

§ 2. *Obligation de l'*accipiens. — En principe, l'*accipiens* est

(1) Lab., ap. Paul, de jur. et facti ignor., D., XXII, 6, 9, 2; Paul, 9 pr. : *Regula est juris ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.*

(2) Lab., ap. Paul, 9, 3; Pomp., ap. Ulp., 49 ad Ed., D., XXXVIII, 15, 2, 5.

(3) Il s'agit sans doute des cas cités par Constantin (*C. Th.*, III, 5, 3 : *Quamvis in lucro nec feminis jus ignorantibus subveniri soleat*) et auxquels fait allusion Pap., D., XXII, 6, 8 : *Juris autem error nec feminis in compendiis prodest.*

(4) Paul, 9 pr., 1. On a soutenu qu'il n'y avait pas à distinguer ici entre l'erreur de droit et l'erreur de fait. Telle serait, dit-on, l'opinion de Papinien : *Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet* (19 Quæst., eod., 7). *Omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet* (*eod.*, 8). De ces deux textes le premier n'avait pas, dans la pensée de Papinien, la portée générale que lui ont donnée les compilateurs du Digeste : il avait trait aux fidéicommis (Lenel, I, 853; cf. 1 Resp., D., XXXI, 79). Le second a été sûrement altéré : comment Papinien pourrait-il affirmer que l'erreur de droit peut toujours être invoquée lorsqu'il s'agit d'éviter une perte, alors que la règle générale ne fait aucune distinction (Cf. Savigny, *System.*, III, 347) ? On a invoqué également Ulpien (52 ad Ed., D., XXXVI, 4, 1 pr.) : mais Ulpien présente lui-même comme une faveur la concession de la *condictio* à celui qui a ignoré le droit. Plus probant serait Paul (3 Quæst., D., XXII, 3, 25 pr.), qui exige une *justa causa ignorantiæ*, si on pouvait le faire prévaloir sur les textes qui excluent en principe l'erreur de droit; mais on a vu que ce texte est suspect : on le considère généralement comme interpolé.

(5) Pomp., ap. Scæv., 4 Quæst., D., XIII, 1, 18; Jul., ap. Afr., 7 Quæst., D., XLVI, 3, 38, 1. Cf. Vangerow, III, 402.

(6) Suivant quelques auteurs, cette condition aurait été exigée, à la fin de l'époque classique, par Papinien et par Ulpien. Mais les textes invoqués ne sont rien moins que probants (Pap., 12 Quæst., D., XLVII, 2, 80), ne signifient certainement pas qu'un faux *procurator* ne commet un vol que lorsqu'il s'est fait passer pour le véritable mandataire; Papinien donne un exemple ; il ne pose pas une règle de droit. Dans le cas prévu par Ulpien (D. XLVII, 2, 43, 1), il s'agit d'une *datio ob rem* comme l'a montré Vangerow (III, 401), et non d'un payement de l'indû. Ce texte ne saurait d'ailleurs prouver l'existence d'une règle nouvelle, car il reproduit une doctrine enseignée par Neratius. Or Neratius n'admet pas que l'*accipiens* de mauvaise foi acquière la propriété par tradition si le *tradens* était propriétaire, ni par usucapion s'il ne l'était pas (ap. Pomp., 22 ad Sab., D., XLI, 10, 3). Cette doctrine est aussi celle de Paul (2 Man., D., XLI, 3, 48).

(7) Inst., III, 27, 7. Ces dettes sont celles qui résultent d'une *damnatio* (I, 583; cf. Keller, *Civilpr.*, n. 682). Le payement, pour être libératoire, devait avoir lieu *per æs et libram*. Celui qui l'effectuait déclarait solennellement qu'il se dégageait du lien qui l'unissait à l'*accipiens*. Il ne pouvait par la suite aller à l'encontre de sa déclaration et prétendre qu'il s'était trompé : l'erreur commise était sans influence sur le sort de l'acte. En droit classique on n'apprécie pas avec cette rigueur les actes

obligé dans la mesure de son enrichissement. Mais pour appliquer sainement cette règle, il faut tenir compte de la nature de l'action qui la sanctionne : la *condictio indebiti* est tantôt une action *certæ pecuniæ*, tantôt une *condictio triticaria* ou une *condictio incerti* suivant l'objet du payement (1).

a) La règle s'applique exactement au cas où l'on a payé un corps certain (un fonds de terre ou une esclave) : l'*accipiens* devra rendre la chose avec ses accessoires (alluvion, fruits, *partus ancillæ*), mais il pourra se faire tenir compte de ses dépenses (2).

b) Si le payement a eu pour objet d'autres quantités ou de l'argent, l'*accipiens* est présumé s'être enrichi d'une quantité équivalente à celle qu'il a reçue : il doit rendre *tantumdem* (3) et les risques sont à sa charge (4).

c)Tout autre est l'obligation de l'*accipiens* lorsque le payement de l'indû a eu pour objet un fait, ou le transfert d'un droit réel autre que la propriété, ou même lorsqu'en transférant la propriété on a omis de retenir une servitude ou d'exiger le remboursement des impenses. Dans ces divers cas, la *condictio indebiti* a le caractère d'une *condictio incerti* : l'*accipiens* sera obligé à remettre la possession ou la détention, à établir

juridiques ; on aurait dû écarter la règle antique. Elle fut cependant conservée, probablement parce qu'il parut impossible de considérer comme obligé *quasi ex mutuo* celui qui avait solennellement déclaré qu'il entendait se libérer. On peut ajouter avec Windscheid (II, 426, 7) que la *condictio indebiti* aurait fourni un moyen détourné de contester la validité du droit en évitant la peine du double. Sous Justinien, cette règle de procédure, qui n'avait plus de raison d'être, car il n'y a plus d'acte *per æs et libram*, a été modifiée quant aux legs : on ne l'a conservée que pour les legs faits aux églises, monastères, asiles hospices (C., I, 3, 46, 7).

(1) Cf. Bekker, *Aktionen*, I, 303.

(2) Comment le juge d'une action de droit strict, comme la *condictio triticaria*, pouvait-il tenir compte de ces dépenses? Le défendeur devait vraisemblablement faire insérer dans la formule une *præscriptio* ou une exception.

(3) Cette règle résulte du rapprochement de divers textes. Pomp., 9 ad Sab., D., XII, 6, 7 : *Quod per errorem solvitur aut ipsum aut tantumdem repetitur.* Cf. Marc., 3 *Reg.*, D., XIX, 5, 25, *in fine.* La répétition a pour objet *tantumdem* lorsqu'on a payé une quantité : *Si falso existimans debere, numos solvero, qui pro parte alieni, pro parte mei fuerunt, ejus summæ partem dimidiam, non corporum condicam.* Cf. Carac., *C. J.*, IV, 5, 1. Certains auteurs pensent qu'il en est autrement pour les denrées; ils invoquent Paul (17 ad Plaut., D., XII, 6, 65, 6) : *In frumento indebito soluto et bonitas est, et si consumsit frumentum, pretium repetet.* Donc, dit-on, s'il n'avait pas consommé le blé, s'il l'avait encore en sa possession, il devrait *ipsam rem;* d'où la conséquence qu'il ne répond ni de la perte fortuite ni de la détérioration. L'argument *a contrario* nous semble un peu faible pour en déduire une telle conséquence et pour établir une distinction entre l'argent et les autres quantités quant à l'objet de l'obligation de l'*accipiens.* Cf. Pernice, *Labeo*, II, 2, 105 ; Accarias, II, 442, 2.

(4) Doit-il en outre des intérêts? Il faut ici distinguer l'argent et les autres quantités. L'action *certæ pecuniæ* ayant une *condemnatio certa*, le juge ne pourra allouer des intérêts; il aura au contraire cette faculté s'il s'agit de denrées, parce que la *condictio triticaria* a une *condemnatio incerta.*

la servitude, à faire acceptilation de la créance (1), etc.

VI. CONDICTIO CAUSA DATA CAUSA NON SECUTA. — Cette *condictio* est donnée dans certains cas où l'enrichissement résulte d'une prestation faite en vue d'un but (*causa futura honesta*) (2) qui ne s'est pas réalisé. La réalisation du but doit être un élément de l'acte qu'on a voulu faire, soit d'après la nature de l'acte (constitution de dot, donation à cause de mort), soit d'après la convention des parties (contrat innommé, donation avec charge). Celui qui ferait une dation dans l'espoir d'en être rémunéré ou de se faire un ami de l'*accipiens*, n'aurait pas la *condictio* (3). Mais peu importe que la réalisation du but dépende de l'acquéreur, ou du hasard, ou de l'acquéreur et d'un tiers comme dans le mariage; dans tous ces cas, si le but n'est pas atteint, soit par cas fortuit, soit par la volonté du *tradens*, la *condictio* peut être intentée (4).

L'application la plus importante de cette *condictio* a lieu dans les contrats innommés résultant d'une dation, lorsque l'acquéreur ne fournit pas la contre-prestation promise (5).

VII. CONDICTIO OB TURPEM CAUSAM. — La *condictio ob turpem causam* a pour but de répéter ce qu'une personne s'est fait remettre par une autre contrairement aux bonnes mœurs, soit pour s'abstenir d'un fait, soit pour accomplir un acte (6). L'acte doit être contraire aux bonnes mœurs pour l'*accipiens* seul. S'il l'était également pour le *tradens*, la *condictio* serait exclue (7) : *Nemo auditur turpitudinem suam allegans.*

(1) MARC., 3 Reg., D., XII, 6, 39, 40, 1; PAUL, 10 ad Sab., 15, 1; POMP., 22 ad Sab , 22, 1; ULP., 1; Opin., 31. Il y a là une différence entre l'effet du payement de l'indû et celui du *mutuum* : l'action qui sanctionne le *mutuum* n'est jamais une *condictio incerti*; le *mutuum* a toujours pour objet une dation portant sur des choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent (p. 381).

(2) PAUL, 10 ad Sab., D., XII, 5, 1 ; ULP., 26 ad Ed., D., XII, 4, 1 pr. Cette *condictio* est qualifiée au Code (IV, 6) *ob causam datorum*.

(3) CELS., ap. ULP., D., XII, 4, 3, 7.

(4) ULP., 2 Disp., *eod.*, 5 pr., 1-2, 3, 3; CELS., 3 Dig., *eod.*, 16.

(5) P. 447. La *condictio* est encore donnée dans plusieurs cas. Exemples : 1° donation *sub modo*, lorsque par sa faute le donataire n'exécute pas les charges (p. 684); 2° constitution anticipée de dot, lorsque le mariage n'a pas lieu (NERVA, ATILIC., ap. JUL., D., XII, 4, 7 pr. ; MARCEL., ap. ULP., 6, 1; PAUL, 9); 3° payement fait à un mandataire et non ratifié par le créancier (PAUL, 3 ad Sab., 14); 4° dation faite *conditionis implendæ causæ*, lorsque le *tradens* n'acquiert pas le droit subordonné à la condition (ULP., 1, 1; HERM., 2); 5° dation faite en exécution d'une transaction, lorsque le *tradens* est néanmoins poursuivi en justice et condamné (ULP., 43 ad Sab., D., XII, 6, 23, 3).

(6) PAUL, 10 ad Sab., D., XII, 5, 1, 2 ; JUL., ap. ULP., 26 ad Ed., *eod.*, 2 pr. ; POMP., ap. PAUL, 5 ad Plaut., 9, 1.

(7) CELS., ap. ULP., *eod.*, 4, 2; PAUL, 3; SAB., PEGAS., ap. ULP., 4 pr. ; LAB., MARCEL., *eod.*, 4, 3; DIOCL., *C. J.*, IV, 7, 5.

VIII. Condictio ex injusta causa. — La *condictio ob injustam causam* ou *ex injusta causa* est donnée pour répéter ce que le défendeur s'est fait remettre contrairement au droit, par exemple une somme d'argent payée en vertu d'une promesse obtenue par violence, des intérêts usuraires (1). L'exercice de cette *condictio* suppose que le *tradens* a transféré la propriété, car *proditum est neminem rem suam nisi furi condicere posse* (2). S'il avait perdu sa chose par suite d'un vol, c'est la *condictio furtiva* qu'il devrait intenter et non la *condictio ex injusta causa*.

IX. Condictio sine causa. — La *condictio sine causa*, au sens étroit que lui a donné Justinien, s'applique : 1° lorsqu'une prestation a eu lieu *ab initio* sans cause ou pour une cause erronée; 2° lorsque la cause qui l'a motivée a cessé d'exister (3).

Une prestation n'a pas de cause lorsque, consistant en une dation, elle est faite par une personne incapable d'aliéner : si l'*accipiens* a consommé de bonne foi l'objet qui lui a été livré, il y a un enrichissement injustifié qui donne lieu à la *condictio sine causa*. Dans les cas de ce genre, la *condictio* n'est possible que lorsque la revendication ne l'est plus (4). Une prestation est motivée par une cause erronée, lorsque les parties n'ont pas été d'accord sur le but de la dation : le *tradens* entendait faire un prêt, l'*accipiens* croyait recevoir une donation. La propriété n'en est pas moins transférée, mais le *tradens* pourra répéter par la *condictio sine causa*. Il en serait de même si par erreur on a promis plus qu'on ne doit : on aura une *condictio* pour se faire tenir quitte de l'excédent (5).

La *condictio sine causa* ne suppose pas nécessairement une dation : elle sert à répéter une valeur sortie de notre patrimoine,

(1) P. 387, 7. Pomp., 22 ad Sab., D., XII, 5, 7; *Veteres*, Sab., Cels., ap. Ulp., 18 ad Sab., *eod.*, 6. Cf. Diocl., *C. J.*, IV, 9, 3.

(2) Ulp., 18 ad Sab., D., VII, 9, 12, *in fine*.

(3) Ulp., 43 ad Sab., D., XII, 7, 1, 2 : *Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi quæ finita est... dicendum est condictioni locum fore.* Il y a des divergences entre les auteurs modernes sur la sphère d'application des diverses *condictiones*. Certains donnent la *condictio sine causa* là où d'autres proposent la *condictio ex injusta causa* ou la *condictio causa data causa non secuta*. Ces divergences s'expliquent aisément s'il est vrai que les jurisconsultes classiques ont été étrangers à la classification des *condictiones* : en qualifiant une *condictio* d'une certaine manière, ils n'entendaient pas attribuer au qualificatif une valeur technique. Papinien accorde la *condictio sine causa* (11 Quæst., D., XII, 7, 5 pr., 1) là où Caracalla admet une *condictio causa data causa non secuta* (C., IV, 6, 1) : dot constituée en vue d'un mariage nul. Les Sabiniens parlent d'une *condictio c. d. c. n. s.* (Paul, 6 ad l. Jul. Pap., D., XXXIX, 6, 35, 3), là où l'on s'attendrait à trouver une *condictio causa finita* : donation à cause de mort après survenance d'une cause de révocation (p. 695).

(4) P. 154. Ulp., 2 Disp., D., XII, 6, 29; 26 ad Ed., XII, 1, 11, 2.

(5) P. 239. Ulp., 2 Disp., D., XII, 1, 18, 1; Diocl., C. II, 5, 1.

sans que nous l'ayons livrée à autrui. Il suffit qu'il y ait pour le tiers un enrichissement injustifié et qu'on ne puisse exercer la revendication; tel serait le possesseur d'un esclave qui, croyant en être légataire, l'aurait vendu. Si cet esclave est mort, le véritable légataire réclamera par une *condictio sine causa*, ce dont le tiers possesseur s'est enrichi (1).

Certaines prestations sont considérées comme procurant un enrichissement injuste lorsque la cause qui les a déterminées a cessé d'exister : le vendeur ne peut conserver les arrhes lorsque l'acheteur a payé le prix ; le créancier qui a été payé ne peut retenir le titre constatant sa créance (2).

II

GESTION D'AFFAIRES.

I. Notion. — Le but et la sphère d'application de la gestion d'affaires ont varié suivant les époques. Anciennement, elle eut pour but de pourvoir aux intérêts des personnes décédées et à ceux des absents dans quatre cas indiqués par Ulpien (I, 577, 3). A la fin de la République, la notion de la gestion d'affaires a été considérablement élargie : elle comprend tous actes d'administration du patrimoine (I, 577, 2). Dès lors, le gérant d'affaires apparaît sous un aspect nouveau : c'est un administrateur et la jurisprudence va le traiter comme tel. Pour des raisons d'utilité pratique, elle considère la gestion comme donnant naissance à des obligations réciproques à la charge du gérant et du maître du patrimoine (3). Celui-ci aura le droit de demander compte au gérant de son administration et sera tenu de l'indemniser dans la mesure où la gestion lui aura été utile (4). Ces obligations réciproques sont sanctionnées par deux actions civiles de bonne foi : l'action *negotiorum gestorum directa* au profit du *dominus* (5), l'action *negotiorum gestorum contraria* au profit du

(1) Jul., ap. Afr., 2 Quæst., D., XII, 1, 23.

(2) P. 403, 4. Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 1, 11, 6; Diocl., *C. J.*, IV, 9, 2.

(3) Gaius, 3 Aur., D., XLIV, 7, 5 pr. : *Utilitatis causa receptum est invicem eos obligari.* Cette idée apparaît dans Cicéron (*Top.*, 10,42). Il cite la gestion d'affaires entre la société et le mandat, comme exemple d'actes où l'on recherche *quid eum, qui negotia aliena curasset, ei, cujus ea negotia fuissent... alterum alteri præstare oporteret.*

(4) Gaius, 3 ad Ed. prov., D., III, 5, 2 : *Sicut æquum est ipsum actus sui rationem reddere et eo nomine condemnari, quidquid vel non, ut oportuit, gessit, vel ea his negotiis retinet, ita ex diverso justum est, si utiliter gessit, præstari ei quidquid eo nomine vel abest ei, vel abfuturum est.*

(5) Treb., Ofil., Lab., ap. Paul, 32 ad Ed., D., XVII, 1, 22, 10.

gérant (1). Celle-ci remplaça l'action antérieurement créée par le Préteur (I, 576, 2), et dont la portée restreinte ne convenait plus à la conception nouvelle de la gestion d'affaires (2).

II. Conditions requises. — Plusieurs conditions sont requises pour qu'il y ait gestion d'affaires :

1° Un acte d'immixtion dans les affaires d'autrui. Le gérant prend en mains l'administration du patrimoine d'autrui (3), ou fait un acte d'administration isolé (4). Ordinairement il agit sans mandat (5), sans être régulièrement chargé par le *dominus negotii*. Il n'est pas nécessaire qu'il agisse spontanément : s'il a reçu un mandat sans valeur juridique, s'il croit à l'existence d'un mandat qui n'a pas été donné, s'il a reçu mandat d'un tiers, il n'y en a pas moins gestion d'affaires (6).

2° L'intention de se faire tenir compte de ses avances (*animus obligandi*) (7). Il est indifférent que l'on connaisse ou non le *dominus*; l'erreur sur la personne est ici sans importance (8).

Celui qui gère l'affaire d'autrui croyant faire la sienne ne saurait en principe être traité comme un *negotiorum gestor* (9). Il en est de même de celui qui a voulu rendre un service désintéressé (10). Mais comment traiter celui qui s'est immiscé dans les affaires d'autrui pour en retirer un bénéfice? Perd-il par là même tout droit à une indemnité? On pourrait dire qu'il a

(1) Un contemporain de Cicéron, Servius, déclare *æquum esse prætorem in eum reddere judicium* (Alf., 39 Dig., ap. Paul, 4 ad Ed., D., III, 5, 21 pr.).

(2) Seule l'action *funeraria* fut maintenue, mais à titre d'action subsidiaire (Lab., ap. Ulp., 25 ad Ed., D., XI, 7, 14, 12). Cf. t. Ier, 582, II, 739, 1.

(3) Lab., Pomp., ap. Jul., 3 Dig., 6, 6; Jul., 6, 12; Ulp., 8 pr., 3; 17; Paul, 2 ad Nerat., 19, 5 ; 3 ad Ed., 21, 1 et 2 ; Gaius, 3 ad Ed. prov., 22.

(4) Etayer une maison, donner des soins à un esclave malade (Lab., ap. Ulp., 10, 1) ; porter de l'argent ou tout autre objet qui doit être remis à autrui (Jul., 6, 2) ; payer une dette (Lab., 6 Post., 43; Ulp., 4 Opin., 45, 2); se porter fidéjusseur (Afr., 7 Quæst., 46, 1); fournir la caution *damni infecti* (Paul, *eod.*, 40).

(5) Gaius, 3 Aur., D., XLIV, 7, 5 pr.

(6) Pap., D., XVI, 1, 7; Lab., ap. Paul, D., III, 5, 19, 2; Ulp., 5 pr.; Marcel., 3, 11.

(7) Paul, 2 Quæst., D., X, 3, 29 pr. : ... *Negotia eo animo gerit ut aliquem sibi obliget*. Cf. 3 ad Plaut., *eod.*, 14, 1, *in fine*.

(8) Pomp., ap. Jul., D., III, 5, 6, 10; Ulp., 5, 1 ; 4 Opin., 46, 2.

(9) Il y a quelques exceptions : celui qui a vendu de bonne foi la chose d'autrui est tenu comme un gérant d'affaires vis-à-vis du propriétaire, mais seulement lorsque la chose a péri et ne peut plus être revendiquée. L'action *neg. gest. directa* sera donnée contre lui dans la mesure de son enrichissement. A l'inverse, l'héritier apparent qui a acquitté une dette héréditaire aura l'action *neg. gest. contraria* contre l'héritier véritable et dans la mesure de son enrichissement (Afr., 8 Quæst., D., III, 5, 48). Ailleurs Africain accorde, d'après Julien, une *condictio* (2 Quæst., D., XII, 1, 23). C'est une question discutée que de savoir si l'on doit généraliser la décision du premier texte. Cf. Pacchioni, *Bulletino di d. R.*, III, 42 ; IX, 50 ; Ferrini, *ibid.*, VII, 85.

(10) *Amicitia ductus* (Ulp., D., III, 5, 44); *Pietatis respectu* (Mod., 27, 1).

entendu faire son affaire plutôt que celle d'autrui. On lui accorde cependant un recours dans la mesure de l'enrichissement du *dominus* (1).

III. Obligations réciproques. — Le gérant doit rendre compte de son administration comme un bon père de famille, et restituer tout ce qu'il a acquis à l'occasion de la gestion (2). Il répond de son dol et de sa faute, mais non des cas fortuits, à moins qu'il n'ait entrepris une affaire qui n'était pas dans les habitudes du maître (3). A la différence du mandataire, il doit terminer l'affaire dont il s'est chargé, alors même que le *dominus* viendrait à mourir (4).

De son côté, le *dominus* est obligé à indemniser le gérant de ses dépenses, à prendre à sa charge les obligations qu'il a contractées, pourvu que la gestion ait été utile. L'utilité de la gestion s'apprécie au moment où elle a eu lieu; il n'est pas nécessaire qu'elle subsiste à l'époque du règlement de comptes (5). Mais le gérant n'aurait aucun recours s'il s'était immiscé dans les affaires d'autrui, malgré la défense du *dominus*. Quelques jurisconsultes avaient proposé de lui accorder une action utile, mais cette opinion n'a pas prévalu (6).

Si le maître, après avoir eu connaissance de la gestion, ratifie les actes du gérant, il ne peut plus en contester l'utilité. Le gérant, comme un mandataire, pourra se faire tenir compte de toutes ses dépenses (7).

(1) Lab., ap. Jul., D., III, 5, 6, 3.

(2) Inst., III, 27, 1 : *Tenetur ut administrationis rationem reddat.*

(3) Gaius, D., III, 5, 2; Paul, 18, 4; Proc., ap. Pomp., 10. Dans certains cas, le gérant n'est tenu que de son dol (Lab., ap. Ulp., 3, 9).

(4) Paul, *h. t.*, 21, 2 : ... *Vetera (negotia) explicare ac conservare necessarium est, ut accidit, cum alter ex sociis mortuus est.*

(5) Lab., Jul., ap. Ulp., 10, 1; Paul, 23.

(6) Pomp., ap. Paul, 9 ad Ed., D., XVII, 1, 40; Jul., ap. Ulp., D., III, 5, 7.

(7) D'autres effets de la ratification sont indiqués par Pedius (ap. Ulp., 10 ad Ed., 5, 11-13). Est-ce à dire que la ratification transforme la gestion d'affaires en un mandat? Ce serait admettre qu'un contrat se forme après qu'il a été exécuté. Les classiques, sauf peut-être Pomponius, ne paraissent pas avoir été jusque-là. Sabinus, Cassius et Ulpien, se sont contentés de rapprocher la ratification du mandat (Ulp., D., XLIII, 16, 1) en matière de délits et de payement, pour en déduire certaines conséquences : 1° les actes de gestion qui, pour produire leur effet, exigent le consentement du *dominus*, sont validés rétroactivement dès qu'il y a ratification; ils sont réputés faits par un véritable mandataire. Exemples : recevoir un payement libératoire pour le débiteur (Jul., ap. Ulp., D., XLVI, 3, 58 pr.; Ulp., 30 ad Ed., *eod.*, 12, 4 : *rati enim habitio mandato comparatur.* Voir d'autres conséquences dans Cels., 27 Dig., *eod.*, 71, 1 et 2; Ulp., 80 ad Ed., *eod.*, 58, 2. Cf. J.-E. Labbé, *De la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, 1856, p. 13); intenter une action qui épuise le droit du *dominus* (Ulp., 30 ad Ed., D., V, 1, 56 : ... *Etsi quis, cum procurator non esset, litem sit contestatus, deinde ratum dominus habuerit, videtur retro res in judicium recte deducta*); 2° le gérant peut, après ratification, intenter l'action *mandati contraria* à la place de l'action *neg. gest.* (Ulp., 10 Disp., D., L, 17, 60).

III

COMMUNAUTÉ DE DROITS.

I. Indivision. — § 1er. Il y a indivision lorsqu'une même chose appartient à plusieurs propriétaires. Cet état peut résulter d'un fait juridique contractuel ou non (société, hérédité, donation ou legs d'une même chose à plusieurs personnes) (1), ou d'un fait matériel (confusion, mélange fortuit de quantités appartenant à divers propriétaires) (2). L'indivision offre des avantages lorsque tous les communistes s'entendent et réunissent leurs efforts en vue d'un but à atteindre : c'est ce qui avait lieu au Ier siècle entre les *consortes* (I, 289). Dans le cas contraire, elle présente de graves inconvénients; elle ne permet pas à chacun des copropriétaires d'user librement de son droit, elle donne lieu à une complication de rapports, à un conflit d'intérêts, source permanente de discussions : *Indivisio mater rixarum* (3).

Pour prévenir ces contestations, le droit a posé deux règles : 1° durant l'indivision, aucun des communistes ne peut rien faire sur la chose commune contre le gré des autres; 2° nul n'est forcé de rester dans l'indivision ; tout communiste a le droit de demander le partage. De ces deux règles, la première a déjà été indiquée (p. 198, 4), il ne sera question ici que de la seconde.

§ 2. Le droit de sortir de l'indivision est d'ordre public (4) : toute convention contraire est nulle. Ce droit peut être invoqué non seulement contre les héritiers des communistes, mais aussi contre les tiers acquéreurs qui ont traité avec l'un des communistes : l'action en partage est à ce point de vue *in rem scripta* (5). On peut seulement convenir de suspendre le partage pendant un temps déterminé, lorsque l'intérêt des biens communs l'exige ;

Pomponius accorde réciproquement au *dominus* l'action de mandat contre le gérant. Bien que cette décision n'ait qu'un intérêt de procédure, elle est écartée par Scævola : il n'y a pas mandat, dit-il, et la ratification ne peut changer l'action qui résulte de la gestion d'affaires (D., III, 5, 9). Observation très juste, car la ratification est un acte unilatéral qui ne peut modifier que la situation de celui qui l'a accompli.

(1) Gaius, 7 ad Ed. prov., D., X, 3, 2 pr. ; Ulp., 30 ad Sab., D., XVII, 2, 31.

(2) Pomp., ap. Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 1, 5 pr.

(3) Pap., 8 Resp., D., XXXI, 77, 20 : ... *Cum discordiis propinquorum sedandis prospexerit, quas materia communionis solet excitare.* Paul, 15 ad Sab., D., VIII, 2, 26 : *Propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit.*

(4) Diocl., *C. J.*, III, 37, 5 : *In communionem vel societatem nemo compellitur invitus detineri.*

(5) *Inst.*, IV, 6, 20, présente les actions divisoires comme des actions mixtes : elles sont personnelles, mais à certains égards *in rem scriptæ*.

cette convention est opposable aux tiers acquéreurs (1).

L'obligation de procéder au partage a été sanctionnée par la loi des Douze Tables, en cas d'hérédité (2), au moyen de l'action *familiæ erciscundæ* (I, 289). Elle l'a été ultérieurement, dans les autres cas d'indivision, au moyen de l'action *communi dividundo*. Cette action a été vraisemblablement introduite au VI[e] siècle (3), lorsque les sociétés financières commencèrent à se développer : elle était le complément indispensable de l'action *pro socio* (4).

§ 3. Les actions en partage confèrent au juge le pouvoir d'attribuer la propriété exclusive des biens communs (*adjudicare*) et, le cas échéant, de prononcer une condamnation (5). Le cas le plus simple est celui où les biens sont commodément partageables en nature : le juge formera des lots en se conformant aux intentions des parties si elles sont d'accord, sinon en procédant de la manière qu'il croira la plus avantageuse (6), puis il répartira ces lots entre les communistes en leur attribuant la propriété exclusive des biens qu'ils renferment. Si les biens ne sont pas divisibles, ou s'ils ne peuvent être partagés sans subir une dépréciation, il avisera au meilleur moyen de donner satisfaction aux parties : vente aux enchères, attribution à l'un de la nue propriété, à l'autre de l'usufruit, ou à l'un de la pleine propriété en le condamnant de payer une soulte aux autres (7). Il pourra en même temps imposer à ceux-ci certains engagements, par exemple une promesse de garantie contre l'éviction (8).

Les actions en partage présentent, à ces divers points de vue, une anomalie qui leur est commune avec l'action *finium regundorum*, mais qui les distingue de toutes les autres actions, tant

(1) Paul, D., X, 3, 14, 2, 3 : *Emptor quoque communi dividundo agendi eadem exceptione summovebitur qua auctor ejus summoveretur.* Ulp., D., XVII, 2, 16, 1.

(2) On en a étendu l'application au fidéicommis d'hérédité et à la *bonorum possessio*, et même à titre d'action utile au cas où un adrogé réclame la quarte Antonine (Ulp., 19 ad Ed., D., X, 2, 2 pr., 1-2; 24, 1 ; Gaius, 2 Fid., *eod.*, 40).

(3) Sous les actions de la loi, l'action *communi dividundo* comme l'action *familiæ ercitcundæ* donnait lieu à la procédure *per arbitri postulationem* (Isidor., *Or.*, V, 25, 10 : *Quæ actio jubet postulantibus iis arbitrum dari cujus arbitratu res dividatur*). Un fragment de Paul contient une allusion à l'époque où elle exigeait la prononciation de paroles solennelles (2 Quæst., D., X, 3, 29, 1 : *Pomponius scripsit posci judicem posse a quolibet sociorum, sed etiam si unus ex sociis mutus erit, recte cum eo communi dividundo agi*). Au temps de la procédure formulaire, les textes désignent souvent sous le nom d'arbitre le juge de l'action *communi dividundo* (Alf., 26; Lab., D., XXXIX, 1, 3, 2; Jav., D., XXXIII, 3, 4 ; Nerat, *h. t.*, 7, 1).

(4) T. I[er], 655 ; II, 440, 7. Plaut., *Rud.*, IV, 3, 65 et 78. En cas de concours des deux actions, voir p. 704, 5.

(5) P. 241, 1. Paul, 2 Quæst., D., X, 2, 36.

(6) Ulp., 30 ad Sab., D., X, 3, 21.

(7) Alex., *C. J.*, III, 37, 3; Ulp., D., X, 3, 6, 10 ; X, 2, 55.

(8) Paul, 23 ad Ed., D., X, 3, 10, 2.

réelles que personnelles : d'abord le juge reçoit le pouvoir, non seulement de reconnaître un droit préexistant, mais aussi de créer des droits nouveaux ; puis il peut condamner le demandeur aussi bien que le défendeur : ce sont des actions doubles (1).

§ 4. L'action *communi dividdundo* ne sert pas seulement à obtenir le partage des biens communs, elle a reçu d'autres fonctions :

1° Elle sanctionne certaines prestations personnelles dont les communistes sont tenus : *a*) chacun d'eux doit faire participer les autres au profit qu'il a retiré, à titre de communiste (2), des biens communs au delà de la part à laquelle il a droit (3) ; *b*) réciproquement il peut se faire tenir compte des dépenses nécessaires qu'il a faites, au même titre, pour les biens communs (4); *c*) chacun d'eux est tenu de sa faute *in concreto* (5).

(1) Le sens de cette expression est controversé. Certains auteurs pensent qu'elle fait allusion à la pluralité de formules qui seraient délivrées par le Préteur dans toute action divisoire. Il y avait autant de formules que de communistes, mais elles seraient toutes soumises au même juge. De la sorte chaque partie jouerait le rôle de demandeur dans un procès, de défendeur dans les autres. Ainsi serait sauvegardée la règle d'après laquelle le défendeur seul peut être condamné ou absous (Accarias, II, 890). On invoque à l'appui un passage de Quintilien (III, 10) qui cite les *hereditariæ lites* comme un exemple des cas où le magistrat nomme un seul juge en délivrant autant de formules qu'il y a de parties en cause. Mais ce texte doit s'entendre de la pétition d'hérédité et non de l'action *familiæ erciscundæ*. De celle-ci on ne peut pas dire qu'elle constitue une *hereditaria lis* ni que *unus a duobus duntaxat eamden rem atque ex eadem causa petet, aut duo ab uno aut plures a pluribus*. L'*arbitri postulatio* qui la caractérise, donne lieu à un *jurgium*. (I. 421, 8), et la demande a pour objet non pas une même chose, que les plaideurs se disputeraient respectivement, mais une part divise de cette chose, le surplus devant être réparti entre les autres communistes. D'autres sont d'avis que le Préteur ne délivre qu'une seule formule, mais qu'elle donne exceptionnellement au juge le pouvoir de prononcer autant d'adjudications et de condamnations qu'il y a de communistes (Paul, 2 Quæst., X, 2, 36 : *A judice invicem adjudicationes et condemnationes factæ sunt*). On a objecté Gaius (IV, 42), qui semble indiquer une adjudication au profit exclusif de l'un des plaideurs *quantum adjudicari oportet, judex Titio adjudicato*, mais cette clause est vraisemblablement incomplète ou altérée (cf. Dubois, p. 427, n. 172). Si donc l'instance forme un *judicium duplex*, c'est que chacun des plaideurs y joue à la fois le rôle de demandeur et de défendeur (Ulp., 19 ad Ed., D., X, 2, 2, 2). Cf. Keller, n. 458; Lenel, *E. P.*, I, 237. Ce caractère de l'action divisoire se justifie aisément si l'on tient compte du but que poursuivent les communistes; tout partage implique des sacrifices réciproques ; il entraîne souvent des prestations réciproques : il était nécessaire de donner au juge le droit d'imposer une prestation au demandeur. Les textes confirment cette manière de voir : ils prouvent que la condamnation peut être prononcée contre les deux parties (Jul., D., X, 2, 52, 2 : *Pro his rebus alterum alteri condemnandos esse intelligebat ;* cf. Ulp., D., X, 3, 6, 11) et que l'adjudication peut être faite au profit de l'un quelconque des plaideurs (Paul, D., X, 3, 10,1 ; cf. Ulp., 6, 10).

(2) Sinon il sera traité comme un gérant d'affaires (Pap., ap. Ulp., 6, 2).

(3) Sab., Atilic., ap. Ulp., 19 ad Ed., *eod.*, 6, 4 ; Ulp., 6, 2; 3 pr.

(4) Jul., ap. Ulp., 6, 12; cf. Paul, 23 ad Ed., D., X, 2, 25, 15. Peu importe l'erreur sur la personne de son communiste. Mais s'il a cru que les biens lui appartenaient exclusivement, il n'aura pas de recours : on le traitera comme celui qui a géré l'affaire d'autrui croyant faire la sienne (Paul, *eod.*, 29 pr.). Cf. p. 508, 9.

(5) C'est la règle posée pour l'action *familiæ erciscundæ* (Paul, 23 ad Ed., D.,

Ce sont là des prestations analogues à celles qui résultent des contrats de bonne foi ; elles furent de bonne heure, sinon dès l'origine, imposées aux communistes (1) : on en réclamait l'exécution lors de la demande en partage et à titre accessoire (2).

2° L'action *communi dividundo* peut être exercée durant l'indivision (3), soit pour réclamer le montant des impenses faites par l'un des communistes, soit pour l'obliger à laisser jouir les autres dans la mesure de leur droit ou suivant la convention établie entre tous (4).

3° Elle peut être exercée, non plus seulement par les titulaires d'un droit de propriété (propriétaires quiritaires ou prétoriens, concessionnaires d'un *ager vectigalis,* sans doute aussi propriétaires provinciaux), mais encore à titre d'action *utile* par les copossesseurs dont la possession est *justa,* créanciers gagistes, aliénateurs fiduciaires qui ont recouvré leur chose par *usureceptio* après payement de leur dette (I, 647), usufruitiers, envoyés en possession. Seuls les précaristes sont exceptés (5).

Ces extensions de l'action *communi dividundo* ont été admises à une époque relativement récente : Julien, dont l'autorité est invoquée, est peut-être celui qui les a le premier proposées (6).

II. Bornage. — Tout propriétaire d'un fonds rural peut obliger son voisin à faire établir judiciairement les limites de leurs champs. Cette obligation est sanctionnée par l'action *finium*

X., 2, 25, 16). Cf. pour notre action, D., X, 2, 8, 2; 10 pr.; Pomp., 20.

(1) L'action *communi dividundo* n'est, à notre connaissance, rangée parmi les actions de bonne foi, que par les jurisconsultes du IIIe siècle; mais ce n'est qu'une question de classification : dès la fin de la République, l'arbitre devait juger suivant la bonne foi. Dans une lettre à Trebatius de l'an 701, Cicéron cite l'action *communi dividundo* à côté de la formule de fiducie qui contient les mots *inter bonos bene agier* (*Ad Fam.*, VII, 12, 2). Labéon décide que les impenses et les fruits peuvent être réclamés par notre action contre l'héritier du communiste (D., X, 3, 4, 3). Alfenus Varus impose au communiste la responsabilité de ses fautes, à l'exclusion des cas fortuits (*eod.*, 26). Au IIe siècle, les jurisconsultes formulent des règles plus générales : *quidquid culpa socii admissum est, eo judicio continetur* (Pomp., 13 ad Sab., 20). *Per communi dividundo actionem, damnum sarciri poterit* (Pap., 28).

(2) La règle ancienne est encore indiquée par Diocl., C., III, 38, 9 ; Paul, D., X, 3, 1. Plus tard ces prestations purent former l'objet d'une demande distincte et indépendante, lorsque l'indivision avait pris fin par la perte de la chose (Gaius, D., X, 3, 11 ; Jul., 12 Dig., 25; ap. Afr., *eod.* 9), ou lorsqu'un des communistes avait aliéné sa part de propriété (Ulp., 6, 1). Dans cette dernière application, le droit aux prestations ne se transmet pas aux successeurs à titre particulier, comme le droit au partage : l'action *communi dividundo* cesse d'être *in rem scripta* et reste purement personnelle; elle n'est d'ailleurs donnée qu'à titre d'action utile (Sur l'action *c. d.* utile, cf. Lenel, *E. P.*, I, 240).

(3) Paul, 3 ad Plaut., 14, 1 : *Etiam manente societate.*

(4) Ulp., 71 ad Ed., 12 ; 32 ad Ed., 23 ; Paul, 23 ad Ed., 8, 2; 10 pr.

(5) P. 303, 6. Ulp., 20 ad Ed., 7 pr., 2-4, 6-8.

(6) Cf. Bekker, *Aktionen*, I, 233, n. 15.

regundorum. C'est une action personnelle faisant fonction de revendication (1). On la range parmi les actions divisoires, bien qu'elle n'ait pas pour objet principal de mettre fin à un état d'indivision ; mais, comme les actions en partage, elle donne lieu à un *judicium duplex* et le juge reçoit le pouvoir d'*adjudicare,* soit dans le cas où les limites ne sont pas reconnaissables, soit lorsqu'il croit utile, pour prévenir des contestations, de rectifier les limites des deux fonds (2). Il adjugera à chacun des propriétaires voisins des parcelles du fonds de l'autre en le condamnant à en payer la valeur. Il peut aussi, le cas échéant, condamner à la restitution des fruits indûment perçus, et à la réparation du dommage causé par dol ou par faute (3).

L'action *finium regundorum* peut être intentée soit entre fermiers d'*agri vectigales*, soit entre créanciers gagistes ou usufruitiers, ou même entre un usufruitier et le propriétaire voisin (4).

CHAPITRE X

Extinction des obligations.

I. Nouveaux modes d'extinction. — Les modes d'extinction des obligations ont reçu à l'époque classique un grand développement. La jurisprudence a multiplié les causes de libération des débiteurs. Sans faire appel au législateur, mais en s'appuyant tantôt sur la logique juridique, tantôt sur l'équité, les classiques sont parvenus à résoudre d'une manière satisfaisante la plupart des problèmes que soulève le dénouement du lien qui unit le créancier au débiteur.

(1) Paul, 23 ad Ed., D., X, 1; 13, 4, 6-7. L'action *finium regundorum* ne s'applique pas à la *controversia de loco :* lorsque la largeur du terrain contesté entre voisins dépasse les 5 pieds fixés par les Douze Tables (6 pieds dans certaines régions : Hygh., 126, 3; Aggen. Urb., 12, 12), il faut recourir à la revendication. L'opinion contraire, indiquée t. I[er], 357, doit être rectifiée comme l'a démontré Karlowa (*Rg.*, II, 460) : Frontin (43, 19) dit en effet que si par erreur on a demandé un juge ou des arbitres *finium regundorum causa*, le jugement est nul de plein droit. L'intérêt pratique de la question est triple : 1° le défendeur à la revendication peut invoquer l'usucapion; le *confinium* est imprescriptible (I, 276, 4); 2° le juge de la revendication n'a pas le pouvoir d'*adjudicare;* 3° le procès est soumis à un juge ordinaire et non à des *agrimensores*. Cette dernière différence n'a pas été rigoureusement observée. Frontin (*l. c.*) dit que l'on peut *mensores arbitros conscribere* ou *sortiri judices fin. reg. causa.* Cf. un *judex datus ad fines regundos. C. I. L.*, III, 9860, 9938.

(2) Jul., 51 Dig., *eod.*, 10; Ulp., 19 ad Ed., *eod.*, 2, 1.

(3) Gaius, 7 ad Ed. prov., *eod.*, 3 ; Paul, *eod.*, 4, 9-10.

(4) Paul, *eod.*, 4, 2. On remarquera que l'action n'est présentée nulle part comme une action de bonne foi.

L'ancien droit ne connaissait que deux modes réguliers (1) de libération : la *solutio per æs et libram* pour les obligations résultant d'une *damnatio* (2), l'acceptilation pour celles qui résultaient d'une stipulation (I, 579, 1; 702, 1). L'un et l'autre mode exigeaient l'emploi d'une solennité destinée à constater que le débiteur avait donné satisfaction à son créancier et n'était plus obligé envers lui. L'un et l'autre étaient l'application d'une règle citée encore par les classiques; pour éteindre un droit, il faut observer un procédé analogue à celui qui a servi à le faire naître, mais de sens inverse (3). Cette règle fut étendue aux obligations formées *litteris* ou *solo consensu :* les premières s'éteignent par une *acceptilatio* littérale; les autres, *contrario consensu.*

L'innovation capitale, introduite vers la fin de la République (4), a consisté à proclamer le principe que le payement, c'est-à-dire l'accomplissement de l'obligation, était le mode naturel et normal de libération, indépendamment de toute solennité. Ce principe fut appliqué à toutes les obligations, même à celles qui dérivaient d'un contrat formel, comme la stipulation. Les anciens modes solennels d'extinction ne furent pas supprimés, mais on les subordonna en quelque sorte au payement en les présentant comme des payements fictifs (5) : on les emploie désormais pour faire une remise de dette.

Quelque large que fût le nouveau principe, il parut bientôt trop étroit, et l'on admit deux nouveaux modes d'extinction des obligations, la dation en payement et la novation : l'une qui consiste à donner au créancier, avec son agrément, une chose autre que la chose due; l'autre qui permet de transformer une obligation sans en changer le contenu, de remplacer une obligation préexistante par une obligation nouvelle qui en diffère à certains égards. — D'autres modes d'extinction furent introduits comme une conséquence logique de la définition de l'obligation : la confusion qui se produit lorsque les qualités de créancier et

(1) Par exception un pacte suffit, d'après les Douze Tables, pour éteindre l'action de vol ou l'action d'injures (I, 384). Paul, 3 ad Ed., D., II, 14, 17, 1.

(2) *Nexum,* jugement, legs *per damnationem,* I, 384; 578, 2; 583, 1.

(3) Ulp., 44 ad Sab., D., L, 17, 35 : *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est ; ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.* Paul, 65 ad Ed., *eod.*, 153; Sen., *De ben.*, V, 14, 4.

(4) D'après Labéon (p. 468, 5), la *numeratio* était suffisante pour éteindre l'obligation délictuelle d'injures au temps où vivait L. Veratius : or la *numeratio* est une *solutio naturalis* (Marc., ad hyp. form., D., XLVI, 3, 49). Au début de l'Empire, Sabiniens et Proculiens discutent le point de savoir si la dation en payement éteint l'obligation *ipso jure* comme le payement : le payement avait donc à cette époque une portée générale. Cf. Erman, *op. cit.*

(5) Gaius, III, 169, 173 : *imaginaria solutio.*

de débiteur se réunissent sur la même tête ; la perte fortuite de la chose due, qui rend la prestation impossible, le concours de deux causes lucratives.

Le Préteur et la jurisprudence ont donné satisfaction à l'équité soit en facilitant la compensation, soit en rendant efficaces des actes extinctifs d'après la volonté des parties, mais qui n'ont pas été accomplis dans les formes requises par le droit civil : pacte de remise, terme et condition extinctifs (p. 366 ; 369).

Enfin les obligations s'éteignent, dans certains cas, par la mort (1), la *capitis deminutio* du débiteur (p. 75), la *litis contestatio* (p. 754, 2) ou à titre de peine (p. 698, 3), mais non à l'expiration d'un certain délai : le droit classique ne connaît pas la prescription extinctive (2).

II. Classification. — Tous les modes d'extinction peuvent être répartis en deux classes, d'après leur efficacité : les uns éteignent l'obligation de plein droit (*ipso jure*) ; les autres paralysent seulement l'action, empêchent le créancier de faire valoir son droit en justice. Conséquences : *a*) Au temps de la procédure formulaire, on peut invoquer les modes d'extinction *ipso jure* en tout état de cause ; pour les autres, il est nécessaire, sauf dans les actions de bonne foi, de faire insérer dans la formule une exception autorisant le juge à les prendre en considération. — *b*) Une obligation éteinte *ipso jure* ne peut revivre. Une obligation, dont l'action est paralysée, reprend toute sa force dès qu'on écarte l'obstacle qui empêchait le créancier d'agir en justice. — *c*) Les modes d'extinction *ipso jure* sont péremptoires ; les modes *exceptionis ope* peuvent n'être que dilatoires : tel le pacte de remise consenti pour un certain temps. — *d*) Les modes *ipso jure* peuvent être invoqués par toute personne intéressée. L'effet d'un mode d'extinction *exceptionis ope* peut être limité à un ou plusieurs intéressés (pacte de remise *in personam* ou *in rem*).

III. Payement. — Le payement consiste à donner ou à faire ce qu'on a promis (3). Il paraît avoir été tout d'abord admis comme mode d'extinction pour l'obligation née du *mutuum* (4). On ne

(1) T. I[er], 694. Obligations résultant du mandat, de la société, de l'*adstipulatio* (t. II, 437, 7 ; 442, 3 ; 374). La transmissibilité est la règle. Sont intransmissibles passivement les obligations délictuelles (I, 698 ; II, 464), les obligations du *sponsor* et du *fidepromissor* (I, 695, 4).

(2) Paul, D., XLIV, 7, 44, 5 : *Placet ad tempus obligationem constitui non posse.* La loi Furia *de sponsu* déroge à cette règle (I, 703, 3). Les obligations imposées par le Préteur ou par les Ediles, sont souvent annales (p. 703).

(3) Ulp., 45 ad Sab., D., L, 16, 176 : *Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit.*

(4) C'est à l'occasion du *mutuum* que Pomponius énonce la règle : *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet* (4 ad Q. Muc., D., XLVI, 3, 80).

pouvait, pour la dissolution du contrat, exiger plus que pour sa formation (1). A la tradition faite par le prêteur devait correspondre une tradition équivalente faite par l'emprunteur. Le nouveau mode d'extinction fut ensuite appliqué aux contrats de bonne foi qui sont tous non solennels; rien n'était plus conforme à la bonne foi que d'exécuter la prestation promise. Le créancier n'aurait pu, sans commettre un dol, poursuivre le débiteur après avoir reçu satisfaction. Enfin la règle fut étendue à la stipulation qui était devenue un contrat du *jus gentium*, aux obligations délictuelles et même aux obligations entraînant une *damnatio*. Le payement fut dès lors un mode d'extinction de toute espèce d'obligations : la *resolutio naturalis* produisit le même effet que la *resolutio civilis* (2).

§ 1er. *Conditions requises pour la validité du payement.* — 1° Si l'obligation a pour objet une dation, le payement, pour être libératoire, doit être translatif de propriété (3). Le créancier, qui n'a pas été rendu propriétaire, conserve son action pour demander des dommages-intérêts, à moins qu'il n'ait consommé les écus ou usucapé la chose livrée (4).

Le débiteur doit payer intégralement tout ce qu'il doit : il ne peut forcer le créancier à recevoir un payement partiel. Certains jurisconsultes autorisaient cependant le magistrat à user de contrainte envers le créancier, de manière à limiter la poursuite en justice à la portion de la dette qui ne serait pas payée (5). Le débiteur ne peut non plus forcer le créancier à recevoir une chose autre que la chose due (6) : si le créancier accepte *aliud pro alio,* on dit qu'il y a dation en payement.

2° Le payement peut être fait par le débiteur ou par un tiers : fait par le débiteur, il n'est libératoire que si le débiteur est capable d'aliéner (7) ; fait par un tiers, il n'est libératoire que si le tiers a payé pour le compte du débiteur. Peu importe que le payement ait été fait au su ou à l'insu du débiteur ou même contre son gré (8). Si le payement avait eu lieu par erreur, le

(1) Gaius, 1 Reg., D., L, 17, 100 : *Omnia quæ jure contrahuntur contrario jure pereunt.*

(2) Pomp., ap. Ulp., 43 ad Sab., D., XLVI, 3, 7; 2 Ench., *eod.*, 107.

(3) Pomp., 6 ad Sab., D., XXX, 45, 1 : *Ita dare debet ut eum habere liceat;* Marcel., 20 Dig., D., XLVI, 3, 72, 5 : *Non videtur liberatus*; Ulp., *eod.*, 27.

(4) Pomp., 19 ad Sab., *eod.*, 17; Paul, 4 ad Plaut., *eod.*, 60.

(5) Mod., 3 Resp., D., XXII, 1, 41, 1; Jul., 48 Dig., D., XII, 1, 21 : *Humanius facturus videtur prætor, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur, cum ad officium ejus pertineat lites deminuere.*

(6) Paul, D., XII, 1, 2, 1 : *Aliud pro alio invito creditori solvi non potest.*

(7) Inst., II, 8, 2.

(8) Gaius, D., III, 5, 38; XLVI, 3, 53; Pomp., *eod.*, 23.

tiers aurait la répétition de l'indû (1). Il y a d'ailleurs certaines obligations qui ne peuvent être exécutées par un tiers : telle l'obligation de ne pas faire, ou même une obligation de faire, lorsque le créancier a traité *intuitu personæ*.

3° Le payement doit être fait au créancier, pourvu qu'il soit capable d'aliéner sa créance ; sinon, il pourrait obliger le débiteur à payer une seconde fois. Mais s'il a profité du premier payement, il ne peut réclamer que la différence entre le montant de sa créance et ce dont il s'est enrichi (2). — Le payement est régulièrement fait entre les mains d'un mandataire conventionnel ou légal (3) ou d'un *adjectus solutionis gratia* (4).

Si le créancier refuse le payement, le débiteur lui fera des *offres réelles* (5). En cas de non acceptation, il déposera l'objet dû dans une banque, un entrepôt, un temple ou tout autre lieu désigné par le magistrat (*in publico*). Le créancier pourra l'y réclamer en exerçant une action utile contre le dépositaire (6). La consignation libère le débiteur, sinon *ipso jure*, du moins *exceptionis ope*. Le débiteur perd le droit de s'en prévaloir, s'il reprend l'objet consigné avant que le créancier ne l'ait réclamé : la dette revit alors avec tous ses effets. La consignation de l'objet dû s'impose également lorsque le créancier est absent (7), incapable ou incertain (8).

§ 2. *Imputation des payements.* — Le débiteur de plusieurs dettes a le droit de déclarer, lorsqu'il paye, quelle dette il entend

(1) P. 502, 8. Jul., ap. Afr., 7 Quæst., *eod.*, 38, 2, *in fine*.
(2) P. 154, 2. Ulp., D., XLIV, 4, 4, 4; Pomp., D., XLVI, 3, 66.
(3) Ulp., 30 ad Sab., *eod.*, 12 pr. Le payement fait de bonne foi à un mandataire dont le pouvoir a pris fin, est libératoire (Alf., *eod.*, 35; Ulp., *eod.*, 12, 2; Jul., *eod.*, 32; 34, 3). Le payement fait à tout autre qu'au mandataire (*non vero procuratori*) n'est libératoire qu'après ratification du créancier (Ulp., 12, 4). Le payement fait à un protuteur (p. 159) n'est libératoire que dans la mesure où le pupille en a profité (Paul, *eod.*, 28).
(4) L'*adjectus solutionis gratia* peut être une personne à qui l'on veut faire une libéralité (p. 332, 5) ou un créancier envers qui l'on veut se libérer (Pap., D., XLV, 1, 118, 2). Le plus souvent c'est un mandataire chargé de recevoir le payement si on le lui offre : on veut faciliter le recouvrement de la créance dans le cas où le créancier ne pourrait la toucher lui-même à l'échéance. De là plusieurs conséquences : 1° on peut choisir pour *adjectus* une personne, même *alieni juris* (Jul., 52 Dig., D., XLV, 1, 56, 2) ; 2° si l'*adjectus* est un impubère *sui juris*, il peut recevoir le payement sans l'*auctoritas* de son tuteur (Pomp., 8 ad Sab., D., XLVI, 3, 11); 3° si le payement n'a pas lieu à l'échéance, le débiteur qui se laisse poursuivre en justice ne peut plus, après la *litis contestatio*, payer entre les mains de l'*adjectus* (Ulp., D., XLVI, 3, 57, 1; Jul., 53 Dig., D., XLVI, 1, 16 pr.).
(5) Lab., ap. Pomp., 31 ad Q. Muc., D., XVIII, 6, 17; Cels., ap. Paul, 17 ad Plaut., D., XLV, 1, 91, 3; Diocl., C., IV, 32, 19 pr. : *Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer.*
(6) Mela, ap. Afr., D., XLVI, 3, 39; Diocl., C., IV, 24, 9; IV, 32, 19, 4.
(7) Jul., 42 Dig., D., XL, 5, 47, 2; Paul, 5 ad Sab., D., XL, 7, 4 pr.
(8) Paul, 3 Resp., D., XXII, 1, 18, 1; Ulp., 30 ad Ed., D., XVI, 3, 1, 36.

acquitter (C. civ., 1253). S'il n'use pas de ce droit, le choix passe au créancier (1), mais celui-ci ne peut l'exercer arbitrairement. La règle posée par les *Veteres* revient à dire : « Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas que l'on vous fît à vous-même (2). » Le créancier devra imputer le payement sur la dette que le débiteur avait le plus d'intérêt à acquitter (3) : la plus onéreuse (4), ou celle qui est échue, ou celle qui est née la première, les intérêts avant le capital (5). Si toutes choses sont égales, l'imputation se fait proportionnellement sur toutes les dettes (6).

§ 3. *Preuve du payement.* — La preuve du payement se fait soit par témoins, soit par une quittance délivrée par le créancier (7). La restitution ou la destruction du titre constituant la créance fait présumer le payement, sauf preuve contraire. Le créancier, qui a reçu son payement, est tenu de rendre le titre qui lui est désormais inutile (8).

IV. Dation en payement. — Il y a dation en payement lorsque, avec l'agrément du créancier, le débiteur donne autre chose que l'objet dû.

1° Le débiteur est-il libéré *ipso jure*, comme par le payement? Les Proculiens refusèrent de l'admettre; la dation en payement ne pouvait, suivant eux, fournir au débiteur qu'une exception de dol pour écarter la poursuite du créancier : celui-ci s'enrichirait injustement s'il prétendait exiger l'exécution de l'obligation, tout en conservant l'objet qui lui a été donné. Les Sabiniens, au contraire, estimaient qu'il y avait *solutio* par cela même que le créancier avait accepté la satisfaction offerte par le débiteur (9). Cette opinion a prévalu (10).

(1) Carac., *C. J.*, VIII, 42, 1.

(2) Ap. Pap., 4 Def., D., XLVI, 3, 97; Ulp., 43 ad Sab., D., XLVI, 3, 1 : ... *Æquissimum enim visum est creditorem ita agere rem debitoris, ut suam ageret.*

(3) Il en est de même lorsque le créancier se paye directement après avoir fait vendre un gage ou une hypothèque (Pap., 11 Resp., *h. t.*, 96, 3; Flor., 8 Inst., D., XIII, 7, 35). Nec obstat Paul, 15 Resp., D., XLVI, 3, 101, 1, qui admet l'imputation sur une dette naturelle : il s'agit d'une dette (*usuræ indebitæ ex pacto*) garantie par une hypothèque. Or, ici le créancier n'est plus, grâce à l'action hypothécaire, à la discrétion du débiteur. Cf. Machelard, *Oblig. nat.*, p. 32.

(4) Pomp., 13 ad Q. Muc., *eod.*, 4; ap. Ulp., 7; Pap., 8 Quæst., 94, 3.

(5) Jul., ap. Mæc., 103; Ulp., *eod.*, 3 pr.; 5 pr. 2; Marcel., 48.

(6) Pomp., ap. Paul, 20 ad Sab., D., XLVI, 3, 8.

(7) Voir la collection des quittances du commissaire-priseur de Pompéi, L. Cæcilius Jucundus. Les unes émanent du créancier : *Scripsi accepisse. Scripsi rogatu... eum accepisse.* Dans les autres, les témoins attestent que le créancier a déclaré avoir été payé : *habere dixit.* Cf. Zangemeister, *Suppl. C. I. L.*, IV; Erman, *Z. Sav. St.*, XX, 172.

(8) P. 507, 2. Mod., 4 Reg., D., XXII, 3, 24.

(9) Gaius, III, 168; Ulp., D., L, 16, 176 : *Solutionis verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet.*

(10) Marcel., ap. Ulp., D., XII, 6, 26, 4 : *Placuit rem pro pecunia solutam parere liberationem;* Paul, D., XXIII, 3, 25; Jul., ap. Paul, D., XLVI, 3, 98, 6.

2° Le créancier, évincé de l'objet reçu en payement, conserve-t-il son action primitive comme s'il n'avait pas été payé? Telle est l'opinion de Marcien (1). Une solution meilleure fut proposée par Ulpien (2) : le créancier est traité comme un acheteur; il a une action *empti* utile pour se faire indemniser du préjudice causé par l'éviction.

V. Novation. — Ulpien définit la novation « la transfusion et le transfert d'une dette antérieure (3) dans une autre obligation ». Ce transfert a un double effet : il crée d'abord une obligation nouvelle, et c'est de là que vient le mot novation (4) ; il éteint ensuite l'obligation antérieure (5). En présence de cette définition, il est surprenant de voir figurer la novation parmi les modes d'extinction des obligations. A-t-on jamais eu l'idée de traiter du transfert de la propriété à propos de l'extinction de ce droit (6)? La définition de la novation présente donc une singularité : ce n'est pas la seule. La novation ne se produit pas toutes

(1) 3 Reg., D., XLVI, 3, 46 pr. Cela ne devait faire aucun doute, ni pour les Proculiens qui considéraient l'action comme paralysée par une exception de dol, ni pour les Sabiniens qui assimilaient la dation en payement au payement; le payement n'est libératoire que s'il est translatif de propriété.

(2) 30 ad Ed., D., XIII, 7, 24 pr.; Carac., C., VIII, 44, 4 : *Ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet*. La dation en payement est assimilée à une vente dont le prix se compense avec le montant de la créance qu'on a voulu éteindre. Cette solution a l'avantage de donner aux tiers toute sécurité. Celle de Marcien les exposait à des surprises : avec la créance ils voyaient revivre à leur préjudice des hypothèques qu'ils avaient considérées comme éteintes par la dation en payement. La décision d'Ulpien a été consacrée, en matière de cautionnement, par C. civ. 2038. Cf. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Traité des Obligations*, II, 705.

(3) Ulp., 46 ad Sab., D., XLVI, 2, 1 pr. : *Prioris debiti*. Gaius (III, 176 ; 4 ad Ed. prov., D., IV, 4, 27, 3), Papinien (5 Resp., D., XXVI, 9, 5 pr.) parlent de *translatio obligationis* : c'est une expression impropre; ce n'est pas l'obligation qui est transférée, mais seulement son contenu : *id quod debetur*.

(4) Ulp., *eod. : Novatio enim a novo nomen accepit, et a nova obligatione*.

(5) *Ibid. : Cum ex præcedenti causa ita nova constituatur ut prior perimatur*.

(6) Si Gaius, dans ses commentaires, présente la novation comme un mode d'extinction des obligations, ailleurs il en parle à propos des stipulations (3 de verb. obl. D., XLVI, 2, 34; Venul., 3 stipul., *eod.*, 31). Au Digeste, le titre *de novationibus* suit le titre *de fidejussoribus* et précède celui *de solutionibus*. Il y avait utilité à mettre en relief l'effet extinctif de la novation : 1° pour marquer la différence qui sépare la stipulation novatoire des autres stipulations qui ont pour objet *eadem res ;* 2° parce qu'il y a des cas où la stipulation novatoire produit un effet extinctif même si l'obligation nouvelle ne peut se former : tel est le cas où l'on stipule d'une femme ou d'un pupille non autorisé de son tuteur, ou d'un nouveau débiteur *post mortem ejus* (Gaius, III, 176). Bien que la stipulation ne puisse faire naître une nouvelle obligation, elle n'en produira pas moins l'extinction de la dette antérieure. Il n'y a pas de lien nécessaire entre les deux effets de la stipulation novatoire : *Utile per inutile non vitiatur*. Il en est ici comme de l'*in jure cessio* faite par un usufruitier à un tiers : l'usufruit s'éteint et ne passe pas au tiers (p. 291, 5). Cela est contraire à la volonté des parties, mais dans un acte formel comme la stipulation ou l'*in jure cessio*, on ne recherche pas *id quod actum est*, mais *id quod dictum est*. Il en serait autrement si la stipulation novatoire était nulle en la forme, par ex. si l'on a employé la *sponsio* pour stipuler d'un pérégrin : il n'y aurait rien de fait (Gaius, III, 179).

les fois qu'on remplace une dette par une autre ayant le même objet, par exemple quand on convertit un mandat en *mutuum* (p. 382, 3) : la novation exige l'emploi d'un contrat formel. Partout ailleurs l'effet extinctif peut se produire sans l'effet créateur ; ici, au contraire, il en est la conséquence nécessaire et c'est là le trait essentiel de la novation. Cette double singularité s'explique historiquement (1). La novation remonte à une époque où la forme des obligations avait une importance décisive : elle a eu forcément une portée limitée qui n'a guère été élargie avant la fin de l'époque classique (2). Alors seulement on voit poindre l'idée que la novation est un mode de satisfaction analogue à la dation en payement, et que l'on peut promettre *aliud pro alio* (3).

(1) Anciennement un créancier ne pouvait se faire promettre par son débiteur ou par un tiers ce qui lui était déjà dû : *Bis de eadem re ne sit debitum* (Pomp., D., XLV, 1, 18 : *Qui bis idem promittit ipso jure amplius quam semel non tenetur ; Ibid.*, 25 ; Jul., 54 Dig., *eod.*, 58 ; Ulp., 47 ad Sab., D., XLVI, 2, 9, 2). Cette règle était peu pratique : 1° On estima qu'il y avait avantage, en certains cas, à maintenir l'obligation ancienne à côté de la nouvelle en donnant à celle-ci un caractère accessoire ; c'était un moyen d'augmenter les garanties du créancier. D'ailleurs le principe restait sauf : en vertu de la règle *bis de eadem re ne sit actio*, le créancier ne pouvait agir deux fois en justice, et contre le débiteur principal, et contre le débiteur accessoire. 2° On admit qu'on pourrait transférer une dette antérieure dans une autre obligation, pourvu qu'il y eût quelque chose de changé dans l'obligation ancienne. Mais pour que le principe restât sauf, la formation de l'obligation nouvelle entraîna l'extinction de l'obligation antérieure. 3° Enfin, la règle antique fut écartée, les parties restant les mêmes, par application d'une idée nouvelle : celle de l'individualisation de l'obligation en raison de sa cause. Les jurisconsultes classiques admettent qu'une même chose peut m'être due par une même personne, à des titres divers. Dans ce cas il y a autant d'obligations distinctes que de causes d'obligations (Ulp., D., XIX, 1, 10 : *Non est novum ut duæ obligationes in ejusdem persona de eadem re concurrant* ; Paul, 10 ad Ed., D., XLIV, 2, 14, 2 : *Cum eadem res ab eodem mihi debeatur singulas obligationes singulæ causæ sequuntur ; Ibid.*, L, 17, 159). Ils admettent pareillement la formation de plusieurs obligations lorsqu'en faisant la stipulation les parties n'ont pas eu l'*animus novandi* (Ulp., 48 ad Sab., XLVI, 2, 2 : ... *Dummodo sciamus novationem ita demum fieri si hoc agatur ut novetur obligatio ; ceterum si non hoc agatur, duæ erunt obligationes*). — Mais à quel signe distinguer désormais la formation d'une obligation nouvelle coexistant avec l'ancienne ou se substituant à elle, ou la formation d'une obligation simplement accessoire ? A l'intention des parties, dirait-on aujourd'hui. Pour reconnaître cette intention à une époque où il n'était pas dans les habitudes des Romains de rechercher *id quod actum est*, la jurisprudence détermina les formules qui feraient présumer cette intention : pour faire naître une obligation accessoire on doit stipuler *id quod Titius mihi debet ;* pour faire une novation, il faut soit un changement de créancier ou de débiteur, soit, si les parties restent les mêmes, quelque chose de nouveau. A défaut de cette condition, il y a pluralité d'obligations.

(2) C'est en se plaçant au point de vue de la conception antique que l'on s'explique le rapprochement fait par Gaius (III, 180) entre la novation et la *litis contestatio*. Les auteurs modernes disent qu'il y a, dans ce dernier cas, *novation nécessaire*. Sur les effets qu'elle produit, voir p. 755.

(3) Cf. Salpius, *Novation und Delegation nach r. R.*, 1864 ; P. Gide, *Etudes sur la novation et le transport des créances*, 1879 ; Karlowa, 1893, *Rg.*, II, 739. Cf. la critique de la théorie de Salpius qui attribue aux Romains l'idée de la succession à titre particulier aux dettes, dans Gaudemet, *Transport des dettes*, 62.

§ 1er. *Utilité de la novation.* — La novation a lieu tantôt entre les mêmes personnes, tantôt entre personnes différentes. Entre les mêmes personnes, elle sert : 1° à changer les modalités de l'obligation antérieure (terme ou condition); 2° à transformer un contrat de bonne foi en un contrat de droit strict, et par suite à restreindre les pouvoirs du juge qui aura à apprécier les rapports existant entre les parties; 3° à rendre perpétuelle et transmissible une obligation délictuelle ; 4° à permettre l'acceptilation d'une obligation qui n'a pas été formée *verbis* (p. 527, 4).

Entre personnes différentes, la novation a deux applications principales : elle sert à transférer le contenu de l'obligation à un autre créancier ou à un autre débiteur. Dans le premier cas, la novation est l'un des moyens de réaliser une délégation ; dans le second, on lui donne habituellement le nom d'*expromissio*.

L'*expromissio* (1) a lieu d'ordinaire sur l'invitation du débiteur primitif; elle peut aussi se faire à son insu et contre sa volonté (2). C'est un moyen de prendre à sa charge la dette d'autrui, de faire une *intercessio* (p. 555).

§ 2. *Conditions essentielles à la novation* (3). — Il faut : 1° Deux obligations : l'obligation ancienne et la nouvelle. Si l'une des deux n'existe pas juridiquement, il n'y a pas de novation. Mais il suffit d'une obligation naturelle, ou d'une obligation susceptible d'être paralysée par une exception (4). S'il n'y avait une *spes debitum iri*, comme dans l'obligation conditionnelle, la novation ne s'opérerait qu'à l'événement de la condition (5).

(1) Le mot *expromittere* n'a rien de technique. On l'emploie soit dans le cas où il y a novation sans changement de débiteur (Pomp., 5 Senat., D., XIV, 6, 20; Ulp., 76 ad Ed., D., XXXIX, 5, 19, 4), soit dans des cas où il n'y a pas de novation (Ulp., 29 ad Ed., D., XVI, 1, 8, 8).

(2) Ulp., 46 ad Sab., D., XLVI, 2, 8, 5.

(3) Les conditions de validité sont en principe régies par le droit commun. Il ne faut pas prendre à la lettre un fragment de Paul qui attribue la capacité de nover à celui qui peut recevoir un payement (10 ad Sab., D., XLVI, 2, 10). Cela n'est vrai ni pour l'*adjectus solutionis gratia*, comme il le fait observer lui-même, ni pour les tuteurs et curateurs qui ne peuvent faire une novation que si elle est de l'intérêt du pupille ou du prodigue (Gaius, *eod.*, 34, 1; Paul, 3 ad Ed. D., XXVI, 7, 22), ni pour les mandataires (Cels., 1 Dig., 25; Pomp., 21).

(4) P. 348, 5. Paul, in Lab., D., XLVI, 3, 91. *Expromissio* d'une obligation contractée par un fils de famille contrairement au Sc. Macédonien (p. 389. Pomp., D., XIV, 6, 20). *Expromissio* faite par une femme contrairement au Sc. Velléien (Ulp., 29 ad Ed., D., XVI, 1, 8, 11; Jul., 12 Dig., *eod.*, 14). Cf. p. 559, 5.

(5) P. 365, 2. Pomp., *h. t.*, 24. Servius Sulpicius était moins exigeant : pour opérer l'extinction de l'obligation primitive, il se contentait d'une stipulation régulière en la forme, alors même que l'obligation ne prendrait pas naissance (obligation conditionnelle) ou serait frappée de nullité (*expromissio* faite par un esclave). Cette opinion n'a pas prévalu (Gaius, III, 177). — Est-ce à dire que tant que la condition est en suspens, on ne tienne aucun compte de la stipulation novatoire ? C'était l'avis de

2° Un contrat formel (stipulation entre présents (1), contrat littéral entre absents) pour créer la nouvelle obligation (2).

3° L'identité d'objet (*idem debitum*). C'est là un trait caractéristique de la novation romaine à l'époque classique et une différence avec le droit moderne. La novation est par définition le transfert du contenu d'une dette antérieure dans une obligation nouvelle : on ne peut donc faire une novation par changement d'objet, et, par exemple, promettre à Secundus sur l'ordre de Primus l'usufruit déjà promis à celui-ci (3). Ces deux droits, bien que de même nature et portant sur le même fonds, sont très différents : l'un s'éteint à la mort de Primus, l'autre à la mort de Secundus. Cependant si, en fait, le créancier a stipulé un objet nouveau avec l'intention de libérer le débiteur de sa première dette, il ne saurait plus tard, sans commettre un dol, exiger l'exécution des deux obligations. Le débiteur sera libéré de l'obligation antérieure, sinon *jure civili,* du moins *jure prætorio*, grâce à l'exception de pacte.

A la fin de l'époque classique, il semble qu'on n'exige plus avec la même rigueur cette condition : on peut, d'après Papinien, faire une novation en stipulant la valeur pécuniaire de la dette primitive (*quanti fundus est*). L'innovation n'est pas très profonde : dans la procédure formulaire, toute obligation entraîne une condamnation pécuniaire. Papinien autorise les parties à faire d'avance ce que ferait le juge s'il y avait procès (4).

4° Un élément nouveau (*aliquid novi*). Ce n'est pas seulement la raison d'être de la novation, c'est aussi l'une des con-

Labéon qui permettait au créancier d'exiger le payement de la dette primitive (p. 363, 5). Javolenus considère la stipulation conditionnelle faite *novationis causa* comme renfermant un pacte de remise jusqu'à l'événement de la condition. — Si la condition fait défaut, peut-on demander l'exécution de l'obligation primitive? Non, si la novation a eu lieu entre les mêmes personnes : elles sont réputées avoir voulu substituer à l'obligation primitive les chances de l'obligation conditionnelle. Le débiteur pourra opposer l'exception de pacte (Gaius, III, 179). Il en serait autrement si la novation avait eu lieu par changement de débiteur : le débiteur originaire ne pourrait invoquer un pacte auquel il a été étranger, alors surtout que celui à qui il a été consenti n'a pas intérêt à ce qu'il soit libéré (Gaius, 1 ad Ed. prov., D., II, 14, 30, 2. Cf. Bufnoir, *Théorie de la condition*, p. 261).

(1) Par exception, la stipulation consécutive à un *mutuum* d'argent n'entraîne pas de novation : il ne se forme qu'un seul contrat, celui de stipulation (p. 349, 6; 374, 2). La numération des espèces doit, dit Pomponius, être considérée comme faite en exécution de la stipulation.

(2) Gide (*Novation*, p. 216) a contesté la possibilité d'employer le contrat littéral pour réaliser la novation : c'est une conséquence de sa conception particulière de l'*expensilatio*. Cette opinion nous paraît difficile à soutenir en présence de Gaius (III, 128-130).

(3) Ulp., 5 ad Sab., D., XLVI, 2, 4.

(4) Pap., 2 Def., *eod.*, 28. Justinien (C., VIII, 42, 8) permet d'augmenter ou de diminuer la quantité due (p. 840).

ditions sans lesquelles elle ne saurait exister. Sans cet élément nouveau, la stipulation serait nulle, d'après la règle qui ne permet pas de promettre deux fois la même chose à la même personne, ou bien il y aurait deux obligations coexistantes d'après la règle consacrée par le droit postérieur. — Pas de difficulté s'il y a changement de créancier ou de débiteur; mais si les parties restent les mêmes, la novation dépend de l'intention qu'elles ont eue en faisant une nouvelle stipulation. Ici comme en d'autres matières, on n'a pas tout d'abord laissé au juge la liberté de rechercher cette intention : l'*animus novandi* devait résulter de l'emploi d'une formule appropriée (1). Mais dès le Ier siècle de l'Empire, la jurisprudence a déterminé certains faits impliquant la volonté de nover : addition ou suppression d'un terme ou d'une condition; intervention d'un *sponsor* d'après les Sabiniens (2).

§ 3. *Effets de la novation.* — La novation éteint *ipso jure* la dette antérieure. Conséquences : 1° toutes les sûretés accessoires qui garantissaient la dette primitive s'évanouissent : privilèges, cautions, hypothèques (3); 2° les intérêts cessent de courir (4); 3° la demeure du débiteur est purgée; les risques cessent d'être à sa charge (5); 4° la peine promise ne peut plus être encourue si elle ne l'a déjà été avant la novation (6); 5° le débiteur perd les exceptions qu'il aurait pu opposer au créancier (7).

(1) Bon nombre de textes, insérés au Digeste, font allusion à cet *animus novandi*, mais il en est d'interpolés : Justinien en fait l'aveu.

(2) Gaius, III, 177-178; Inst., III, 29, 3 *a*. Sur un autre point, l'intention des parties était prise en considération au temps de Gaius (III, 179); en cas de novation conditionnelle d'une dette pure et simple, le créancier était réputé avoir renoncé à faire valoir sa créance jusqu'à l'événement de la condition. Cf. Jul., ap. Gaium, D., II, 14, 30, 1.

(3) Paul, 24 Quæst., D., XLVI, 2, 29; Carac., C., VIII, 40, 4; Paul, 57 ad Ed., D., XLVI, 2, 18. On peut, sinon rattacher ces sûretés à la nouvelle obligation, du moins les constituer à nouveau. On peut même subordonner la novation à la condition que les sûretés primitives seront maintenues. Il y a mieux encore : on peut attribuer au créancier en lui constituant une nouvelle hypothèque le rang de l'hypothèque éteinte par novation (p. 315, 3).

(4) Pap., 3 Resp., D., XLVI, 2, 27.

(5) Ulp., 46 ad Sab., 8 pr.; Pap., 10 Quæst., D., XIII, 1, 17. Cf. p. 572, 6.

(6) Jul., 13 Dig., D., XLVI, 2, 15.

(7) Quant aux exceptions que le débiteur aurait pu opposer à la créance antérieure, on a dit, bien que les textes manquent de précision, qu'il faut distinguer suivant que l'on a stipulé *ce qui m'est dû* (Pap., D., XLVI, 2, 27 : *Quidquid ex vendito dare facere oportet;* Cels., ap. Ulp., 8, 2; Marcel., ap. Ulp., D., XLV, 1, 29, 1) ou l'objet de la dette préexistante, *mille sesterces* (Basilic., lib. XXIX, 1, 119. Cf. Gide, p. 252). Dans le premier cas, le droit du créancier sera tel qu'il était d'après l'obligation primitive; le débiteur pourra invoquer contre lui toutes les exceptions qu'il avait précédemment. Cette distinction est conforme à l'intention présumée des parties. Une décision de Julien prouve que, de son temps, on en tenait compte en matière de novation : celui qui, se croyant débiteur, a consenti à s'obliger à la place

VI. Délégation. — § 1er. *Notion.* — Ulpien définit la délégation l'acte par lequel un débiteur donne à son créancier (ou à la personne qui lui est désignée) un autre débiteur qui sera obligé à sa place (1). La délégation suppose donc le concours d'au moins trois personnes : 1° celle qui a l'initiative de l'acte, le délégant; 2° celle qui en profite, le délégataire; 3° celle qui s'oblige, le délégué.

La délégation ainsi entendue est un acte complexe, qui suppose toujours un et parfois deux autres actes indépendants : 1° entre le délégant et le délégué ; 2° entre le délégataire et celui qui deviendra créancier à sa place (*cui jusserit*). Dans le premier cas, la délégation libère le délégant envers le délégataire, et le délégué envers le délégant (2); dans le second, elle éteint également l'obligation du délégataire envers celui qui deviendra créancier à sa place. Cet effet extinctif de la délégation justifie la place qui lui est assignée parmi les modes d'extinction des obligations ; mais ce serait une erreur de croire qu'il se produise nécessairement dans toute délégation. La définition d'Ulpien ne s'applique qu'aux cas les plus ordinaires : il y en a d'autres où la délégation apparaît avec un caractère différent.

a) La délégation peut avoir pour objet une dation aussi bien qu'une promesse : à côté de la *delegatio debitoris,* il y a la *delegatio pecuniæ* (3). Dans ce dernier cas, il n'y a pas toujours création d'une obligation nouvelle, ni extinction d'une obligation antérieure. Il n'y a pas création d'une obligation lorsque le délégué fait une dation au délégataire pour se libérer envers le délégant ou pour lui faire une donation, tandis que le délégant veut faire un payement ou une donation au délégataire. De même lorsque le délégué fait une dation à titre de donation au délégant, alors que celui-ci veut faire un prêt au délégataire. Il n'y a pas extinction d'une obligation antérieure, lorsque le délégué et le délégant agissent *animo donandi* (4).

b) La délégation peut se faire entre personnes qui ne sont pas obligées l'une envers l'autre : celle qui va s'obliger veut faire

de son prétendu créancier, peut opposer l'exception de dol ou exiger sa libération par une *condictio* (p. 498).

(1) 27 ad Ed , D., XLVI, 2, 11 : *Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit.*

(2) Ulp., 31 ad Ed., D., XII, 1, 15, 1 : *Videtur mihi data pecunia et a me ad te profecta ;* Paul, D., XLVI, 3, 56 : *Qui mandat solvi, ipse videtur solvere.*

(3) Jul., ap. Afr., 4 Quæst., D., XVI, 1, 19, 5, *in f. ;* Ner., ap. Ulp., 31 ad Sab., D., XXIII, 3, 5, 8. La *delegatio pecuniæ* est le cas le plus fréquent, mais il y a des exemples de délégation d'un fonds de terre (Paul, D., XXII, 5, 14 pr.).

(4) Jul., ap. Ulp., D., XII, 1, 9, 8; XLIV, 4, 4, 26; XXXIX, 5, 2, 2.

une donation au délégant qui lui-même veut faire une donation au délégataire. Il y a ici création d'une obligation nouvelle, sans extinction d'une dette antérieure.

La délégation a donc reçu des applications multiples. Elle fut très usitée à Rome où elle apparaît d'assez bonne heure; elle se faisait souvent par l'intermédiaire d'un banquier. Elle permettait aux commerçants de faire des payements, des prêts, des stipulations partout où ils avaient des correspondants. Grâce à la délégation, on écartait les inconvénients des règles qui excluaient la représentation ou la promesse entre absents, qui ne permettaient pas de céder directement les créances (1).

§ 2. *Formes.* — L'acte principal qui constitue la délégation se réalise de diverses manières : par stipulation, *litis contestatio, dotis dictio, transcriptio a persona in personam*, pacte de constitut (2). Les conventions secondaires que suppose la délégation ont lieu sans formes : un signe de tête suffit (3).

§ 3. *Effets.* — L'obligation contractée par le délégué envers le délégataire, ou d'une manière générale la prestation qu'il lui fait, présente une particularité caractéristique ; elle réalise du même coup deux actes distincts (4) : tantôt un payement dans les rapports du délégué et du délégant, une donation dans les rapports du délégant et du délégataire ; tantôt un payement et un prêt, ou un prêt et une constitution de dot ou un double payement, un double prêt (5). Dans tous les cas, la prestation faite par le délégué n'étant motivée par aucune opération conclue entre le délégataire et lui, elle produit son effet sans qu'on ait à se préoccuper de la validité des deux actes qu'elle sert à réaliser (6). De là deux conséquences : 1° le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions qu'il aurait pu opposer au délégant (7) ; 2° le délégué, qui s'est obligé sans cause, ne peut,

(1) Cf. P. Gide, *Novation*, p. 440.

(2) Ulp., 27 ad Ed., D., XLVI, 2, 11, 1 ; Scæv., 2 Quæst., D., XV, 1, 51; Ulp., VI, 2 ; Gaius, III, 130 ; Diocl., C., VIII, 42, 7.

(3) P. 376, 1.

(4) Analysant une délégation faite *donationis causa* au délégataire, Celsus établit qu'elle contient trois prestations successives (28 Dig., D., XXXIX, 5, 21 pr. ; cf. 15 Dig., D., XXIV, 1, 3, 12 : *Perinde sum quasi* a) *exactam a debitore meo summam,* b) *tibi donaverim et* c) *tu illam ei credideris.* Le délégant est censé avoir exigé de son débiteur le payement (cf. Paul, 17 ad Plaut., D., L, 17, 180 : *Quod jussu alterius solvitur pro eo est quasi ipsi solutum esset*), puis avoir donné cet argent au délégataire, qui à son tour l'a prêté au délégué (p. 382, 3, *in fine*).

(5) Jul., ap. Afr., D., XVII, 1, 34 pr. ; Ulp., D., XII, 1, 5. Ner., *loc. cit.* Cf. les textes cités p. 525, 3-4.

(6) La délégation est nulle lorsqu'elle sert à réaliser un acte illicite, comme une donation entre époux (Jul., 5 ex Min., D., XXIV, 1, 39. Cf. p. 690, 8).

(7) Paul, 69 ad Ed., D., XLVI, 2, 19 : *Non facile scire petitor potest quid inter*

comme dans la novation, opposer l'exception de dol au délégataire (1); on lui accorde une *condictio* contre le délégant (2).

La délégation étant réputée équivalente au payement dans les rapports du délégant et du délégataire, les risques de l'insolvabilité du délégué sont à la charge de celui-ci : il n'a, sauf convention contraire, aucun recours contre le délégant (3).

VII. Remise de dette. — L'obligation s'éteint lorsque le créancier renonce à son droit. Cette renonciation, consentie d'accord avec le débiteur, constitue la remise de dette. Anciennement, le droit civil exigeait l'emploi d'une solennité : *solutio per æs et libram* pour les obligations entraînant une *damnatio;* acceptilation verbale pour les obligations nées *verbis;* acceptilation littérale pour les obligations nées *litteris*. Cette règle a été maintenue par le droit classique et appliquée aux obligations formées de toute autre manière. Une seule exception a été faite pour les obligations résultant de contrats consensuels : elles s'éteignent par le seul accord de volontés des parties.

En généralisant la règle antique, le droit classique n'a pas cependant créé de forme nouvelle de libération : un expédient a suffi : pour faire remise d'une dette à laquelle ne s'appliquent pas les formes anciennes, on commence par la transformer en une obligation verbale à l'aide d'une stipulation novatoire, puis on l'éteint par acceptilation (4). Dès lors l'acceptilation est devenue le mode le plus usité pour remettre une dette *jure civili* (5).

eum qui delegatus est et debitorem factum est, aut etiam si sciat, dissimulare debet ne curiosus videatur. Et ideo merito denegandum est adversus eum exceptionem ex persona debitoris. Cf. Paul, *eod.*, 12; Urs., ap. Ulp., D., XLIV, 5, 1, 10.

(1) Sauf le cas où la délégation ayant eu lieu *dotis causa,* le mari réclame l'exécution de la promesse après la dissolution du mariage. On permet ici au délégué d'opposer l'exception de dol qu'il pourrait opposer à la femme : c'est à elle en effet que doit profiter l'action intentée par le mari (Paul, D., XII, 4, 9, 1 ; Tryph., D., XXII, 3, 78, 5).

(2) Ulp., D., XLVI, 2, 13 ; Jul., ap. Paul, D., XLVI, 3, 59 ; Pomp., *eod.*, 66.

(3) Pap., 11 Resp., D., XXI, 2, 68, 2 ; Nerva, Atilic., ap. Paul, 5 ad Plaut., D., XVII, 1, 45, 7 : *Tunc enim liberatur is qui debitorem delegat, si nomen ejus creditor secutus est, non cum periculo debitoris ab eo stipulatur.* Cf. Paul, *eod.*, 22, 2. Si la délégation a eu lieu *dotis causa*, on discute la question de savoir si le mari doit être réputé avoir pris les risques à sa charge (Paul, 35 ad Ed., D., XXII, 3, 41, 3. Cf. Pellat, *Dot*, 168).

(4) On a admis, non sans hésitation, que l'acceptilation éteindrait directement l'obligation verbale résultant du *jusjurandum liberti* (Ulp., *h. t.*, 13 pr.). Quant à l'obligation née d'une *dotis dictio*, il n'y en a pas de preuve certaine (I, 282, 5-6).

(5) Les obligations formées *litteris* et celles qui entraînent une *damnatio* sont relativement très rares. Gaius ne parle même pas de l'acceptilation *litteris*. Mais on en trouve la trace dans la formule de la stipulation Aquilienne : *Habeo acceptumque tuli* (Inst., III, 29, 2; Scæv., 29 Dig., D., XLVI, 3, 89 pr.). L'existence de ce mode de libération est certaine (Cic., 2ª *in Verr.*, I, 36, 39; *Scriptor*, *de bello Alexandrino*, 56), mais on a peu de détails sur la forme à observer. Gaius n'en parle pas; seul un

A côté des modes solennels de remise de dette, le prêteur a consacré un mode non solennel : le simple pacte.

§ 1er. *Acceptilation.* — 1° *Forme.* — L'acceptilation consiste en une interrogation suivie d'une réponse concordante (1). En quoi elle ressemble à la stipulation, mais le rôle des parties est interverti : sur la demande du débiteur, le créancier déclare qu'il a reçu ce qui lui a été promis (I, 702, 1). Cette déclaration forme l'élément essentiel de la solennité, elle a une valeur indépendante du payement qu'elle constate (2). Elle n'exige plus l'emploi de termes sacramentels (3). Sauf cette atténuation, l'acceptilation est restée soumise à des règles rigoureuses, qui sont la conséquence de sa forme :

a) L'acceptilation exige la présence du créancier et du débiteur : elle ne peut se faire par mandataire. En cela, elle diffère du payement réel ; elle en diffère encore quant à la capacité requise pour y prendre part : faire une acceptilation, c'est rendre sa condition pire, car on aliène une créance ; recevoir une acceptilation, c'est rendre sa condition meilleure, car on se libère d'une dette. Donc un pupille, sorti de l'*infantia*, peut recevoir une acceptilation sans l'*auctoritas* du tuteur (4) ; une femme ne peut faire une acceptilation sans son tuteur (I, 317, 2). De même, un fils de famille ou un esclave ne peut libérer par acceptilation un débiteur du chef de famille, mais il peut recevoir une acceptilation (5), ce qui lui permet de remplacer, dans une certaine mesure, le chef de famille absent. C'était un moyen d'écarter les inconvénients pratiques de la règle qui exige la présence et la capacité des parties. Il y en avait un autre d'une portée plus générale : la novation. Le mandataire de l'absent, le tuteur de l'*infans,* le curateur du fou transportaient en leur personne la créance ou la dette, puis faisaient ou recevaient l'acceptilation (6).

b) L'acceptilation ne comporte aucune modalité, ni terme ni

passage de Pline (*Ep.*, II, 4, 2) en signale une application en matière de remise de dette, et prouve qu'il y avait concordance entre la forme suivie pour la libération du débiteur et celle qui était observée pour la création de l'obligation : *Quidquid mihi pater tuus debuit, acceptum tibi ferri jubeo.* On retrouve ici l'inscription sur le *codex* et le *jussus* du créancier correspondant au *jussus* donné par le débiteur pour la formation de l'obligation. Cf. Erman, *Zur Geschichte der röm. Quittungen und Solutionsakte*, 30 ; 67.

(1) Mod., 2 Reg., D., XLVI, 4, 1.

(2) Il en était ainsi dès le temps de la loi Aquilia (I, 585, 1).

(3) Ulp., D., XLVI, 4, 8, 4 ; 7. L'acceptilation, nulle pour un vice de forme, vaut comme pacte *de non petendo* (Ulp., *h. t.*, 19 pr. ; Jul., D., XVIII, 5, 5, pr.).

(4) P. 154. Ulp., 24 ad Sab., *eod.*, 2.

(5) Cels., D., XLVI, 3, 71, 2 ; Paul, *eod.*, 63 ; Gaius, D., XLVI, 4, 22.

(6) P. 157. Ulp., 50 ad Sab., *eod.*, 13, 10.

condition (1) : elle constate un payement effectué; il y aurait contradiction à la subordonner à un événement futur. Mais on peut la subordonner à une condition tacite (p. 362, 5), par exemple en l'appliquant à une dette conditionnelle (2).

c) L'acceptilation ne peut avoir d'autre objet que celui de la stipulation (3). Cette règle, appliquée à la lettre, ne permettait pas de faire une acceptilation partielle, mais cette conséquence, contestée par Julien, fut écartée par Justinien, sauf pour les obligations indivisibles (4).

2° *Effets.* — Les effets de l'acceptilation sont aussi étendus que ceux du payement : elle éteint la dette avec ses accessoires, s'il y en a, d'une manière irrévocable (5). Consentie à la caution, elle libère le débiteur principal; consentie à l'un des codébiteurs solidaires, elle libère les autres (6).

3° *Applications.* — Si l'acceptilation est fréquemment employée pour faire remise d'une dette, il faut bien se garder de croire que ce soit sa seule utilité en droit classique. Elle sert également : *a*) à libérer un débiteur dans les cas où il a le droit de l'exiger, soit en vertu d'un legs, soit lorsqu'il s'est obligé sous l'empire de la crainte ou sans cause (7) ; *b*) à constater la libération d'un débiteur : elle est préférable à une quittance écrite dont on pourrait contester l'authenticité ; elle dispense aussi de prouver que le payement a été translatif de propriété, car elle produit son effet sans qu'on ait à se préoccuper de la cause à laquelle elle se rattache ; *c*) à constituer une dot : le mari, qui fait acceptilation de la somme qu'un tiers lui a promise à titre de dot, est censé l'avoir reçue, puis l'avoir donnée au promettant (8) ; *d*) à se désister de tous les droits réels ou de créance qu'on pourrait faire valoir contre une personne. On fait d'abord une novation collective de tous ces droits (9), puis on éteint par une

(1) Pomp., 9 ad Sab., *eod.*, 4; Ulp., *eod.*, 5; Pap., D., L, 17, 77.

(2) Pomp., 26 ad Sab., *h. t.*, 12; Pap., 11 Resp., D., XIX, 5, 9 ; Scæv., ap. Ulp., 3 Disp., D., XXIII, 3, 43 pr.

(3) Ulp., 50 ad Sab., *h. t.*, 13, 2-3. Julien (*eod.*, 13, 4) trouve la règle trop étroite : il permet à celui qui a stipulé un esclave de faire acceptilation de Stichus.

(4) Gaius, III, 172 ; *Inst.*, III, 29, 1 ; Ulp., *eod.*, 13, 1. Julien (D., XLVI, 4, 17) admet la libération partielle du débiteur d'une obligation alternative par l'effet d'une acceptilation ; il refuse cet effet au payement partiel. Cf. Accarias, II, 568, 3.

(5) Ulp., *eod.*, 17, 7 ; Marc., D., XLVI, 3, 49; Diocl., C., VIII, 43, 2; 3.

(6) P. 327, 4. Ulp., 7 Disp., *h. t.*, 16 pr. Voir cep. p. 691, 1.

(7) Jul., ap. Ulp., 32 ad Sab., D., XXXIV, 3, 3, 3; Ulp., *h. t.*, 19, 1.

(8) P. 105, 1. Jul., 5 ex Min., D., XXIII, 3, 49.

(9) Pour rendre possible cette novation, on stipule, non pas les droits quelconques du stipulant contre le promettant, mais leur valeur pécuniaire. Lorsque ces droits ont pour objet autre chose que de l'argent, les parties procèdent comme les plaideurs qui demandent au magistrat une formule ; elles consentent à transformer

acceptilation la créance ainsi formée. On employait à cet effet une formule composée par Aquilius Gallus (1) et appelée *stipulation Aquilienne* (2). C'était un moyen fort commode pour donner décharge à un mandataire général à la fin de sa gestion ou pour exécuter une transaction (p. 887) (3).

§ 2. *Pacte de remise.* — Le *pactum de non petendo* est un mode non solennel de faire remise de toute espèce d'obligation. Moins exigeant que le droit civil, le droit prétorien se contente de l'accord de volontés des parties. C'est un grand progrès réalisé par la législation romaine et une nouvelle victoire de l'équité sur le droit strict.

Le pacte de remise peut être exprès ou tacite, à terme ou sous condition; il n'exige pas la présence des parties (4); il peut être fait par toute personne capable de consentir valablement, par un mandataire conventionnel ou légal (5), par une personne *alieni juris* pour les créances comprises dans son pécule, pourvu qu'elle en ait la libre administration et qu'elle n'ait pas agi *animo donandi* (p. 134, 7).

leurs prétentions en un rapport obligatoire qui a pour objet l'estimation pécuniaire de leurs droits. Cette transformation, qui s'opère judiciairement lors de la *litis contestatio*, a lieu ici par une stipulation. Elle était surtout nécessaire pour éteindre *ipso jure* les prétentions à la propriété, à la possession, ou même à la prestation d'un *incertum*, qui n'était vraisemblablement pas sanctionnée par la loi au temps d'Aquilius.

(1) Sur d'autres créations de ce jurisconsulte, voir p. 485, 3; 601, 2.

(2) Elle s'applique à toute espèce d'obligation pure et simple ou à terme, aux droits garantis par une action personnelle ou réelle (*actio*, *petitio*) ou par une *persecutio* (Ulp., 49 ad Sab., D., L, 16, 178, 2), aux obligations résultant soit de la rétention injuste de la chose d'autrui, à titre de propriétaire, détenteur ou possesseur (*quod tu meum habes*, *tenes possidesve*), soit du fait d'avoir cessé par dol de la posséder. La formule de cette stipulation, telle qu'elle est rapportée par Justinien (Inst., III, 29, 2; Flor., 8 Inst., D., XLVI, 4, 18, 1) contient des additions au texte primitif : la clause sur la *persecutio*, sur celui qui *dolo desiit possidere*, la distinction de la détention et de la possession.

(3) Ulp., 74 ad Ed., D., II, 15, 2; Paul, 1 Sent., *eod.*, 15. La stipulation Aquilienne, comme la transaction, intervient souvent à l'occasion d'un droit litigieux (Pap., *eod.*, 5), mais ce n'est pas essentiel, comme le pense Accarias (II, 578) : l'analogie qui existe entre la formule Aquilienne et une formule d'action s'explique historiquement (p. 529,9). Bien avant Aquilius, il était d'usage de stipuler l'estimation pécuniaire d'une prétention qui n'était pas juridiquement obligatoire : telle était la stipulation *rei uxoriæ* ou *rem habere licere* (I, 501; 607). Mais ici la stipulation *quanti ea res erit* ne se suffit pas à elle-même : elle sert à préparer l'acceptilation subséquente. Notre stipulation comprend en réalité deux actes distincts : une stipulation, puis une acceptilation. Pour abréger, on désigne l'ensemble sous le nom de stipulation Aquilienne.

(4) Paul, 3 ad Ed., D., II, 14, 2, 1 ; Lab., ap. Paul, *eod.*, 2 pr.

(5) Paul, *eod.*, 4, 1. Le pacte ne pourra pas être invoqué directement par le mandant ou contre lui à cause de la règle : *Res inter alios acta*... mais, à défaut de l'exception de pacte, on donnera l'exception de dol (Trebat., Jul., ap. Ulp., *eod.*, 10, 2 ; Puteol., 1 assess., ap. Ulp., 12 ; Gaius, *eod.*, 28, 1 ; Jul., ap. Paul, *eod.*, 15).

Mais le pacte de remise n'éteint pas la dette *ipso jure :* il fournit seulement au débiteur une exception pour écarter la demande du créancier (1). En pratique, le résultat est sensiblement le même : l'obligation est *inanis* (2). L'action du créancier est *quasi nulla :* toutefois, les effets du pacte sont plus ou moins étendus, suivant la volonté des parties. D'abord, elles sont libres de changer d'avis : dans ce cas, le créancier paralysera l'exception du pacte *de non petendo* par une réplique fondée sur le pacte *de petendo* (3). Puis, en cas de pluralité de débiteurs, il faut distinguer s'il est *in personam* ou *in rem*, c'est-à-dire si le créancier a ou non désigné les personnes qui doivent en profiter : le pacte *in personam* ne peut être invoqué que par la personne désignée par le créancier (4) ; le pacte *in rem* consenti au débiteur peut être invoqué par ce débiteur et par tous ceux qu'il a intérêt à voir libérer, tels que ses fidéjusseurs ou ses codébiteurs solidaires associés. Mais le pacte de remise consenti au fidéjusseur ne peut être invoqué par le débiteur principal : le créancier qui libère la caution n'est pas censé renoncer à son droit de créance. Si cependant il était démontré que telle était son intention, le débiteur principal aurait contre lui l'exception de dol. En cas de pluralité de créanciers, le pacte consenti par l'un des cocréanciers solidaires ne peut être opposé aux autres, à moins qu'ils ne soient associés (5). C'est ainsi que le pacte *de non petendo*, bien que moins énergique dans ses effets que l'acceptilation, est cependant plus commode et se prête beaucoup mieux à réaliser l'intention des parties (6) : il fut d'un usage très général.

§ 3. *Contrarius consensus.* — Dans un cas spécial, le pacte de remise produit un effet plus large, analogue à celui d'un mode civil d'extinction : lorsqu'il s'applique aux obligations résultant d'un contrat consensuel (vente, louage, etc.), et qu'il est réciproque. Il éteint le droit d'action de chacun des contractants parce que, dit Julien, l'exception de pacte est sous-entendue dans les contrats de bonne foi. Mais il faut que les choses soient entières (7), c'est-à-dire que le contrat n'ait été exécuté par aucune

(1) P. 516. Ulp., *eod.*, 7 pr., 7. Si le pacte de remise a été obtenu par dol, le créancier répondra à l'exception de pacte par une réplique de dol (Carac., C., VIII, 35, 3).
(2) Marcel., ap. Ulp., D., XVI, 1, 8, 9; Pap., D., XLVI, 3, 95, 2.
(3) Ulp., 11 ad Ed., D., IV, 3, 7, 8 ; Paul, *h. t.*, 27, 2.
(4) Ped., ap. Ulp., *h. t.*, 7, 8; Lab., ap. Paul, 25, 1; Paul, 17, 3 ; Ulp., 22.
(5) P. 327, 3-4 ; 328, 6 ; Paul, *eod.*, 25 pr. ; 23 ; Jul., 25, 2. P. 548, 2.
(6) Jul., ap. Ulp., 23 ad Sab., D., XXXIV, 3, 3, 3, *in fine*. P. 668, 1.
(7) Jul., ap. Paul, D., XVIII, 5. 3; 5, 1 : *Si res secuta non fuerit;* Pap., 28 Quæst., D., XLVI, 3, 95, 12 : *Priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur*. Cette restriction doit-elle être prise à la lettre? La question était discutée au temps

des parties, car un pacte extinctif ne peut créer une obligation de restituer (1).

VIII. Compensation. — La compensation est la balance des sommes que deux personnes se doivent réciproquement (2). En vertu d'une convention expresse ou tacite, les deux créances se neutralisent si elles sont égales; sinon, celui en faveur de qui est la balance reste créancier de l'excédent. Cette convention fut usitée, sans doute, à l'origine, dans les rapports des banquiers avec leurs clients (3) : elle était étrangère à la sphère du droit.

La compensation a pris un caractère juridique lorsqu'on a pu l'imposer judiciairement; mais ce fut une grave innovation qui a pénétré difficilement dans la législation. Elle dérogeait à deux principes fondamentaux : d'abord au principe que tout débiteur est tenu d'exécuter son obligation ; ici il peut s'y refuser jusqu'à concurrence du montant de sa créance; puis au principe de l'unité de question posée au juge (I, 723, 1) : ici une double créance est soumise à son appréciation, l'une par le demandeur, l'autre par le défendeur. Pour faire admettre cette double dérogation, il a fallu une raison d'équité puissante, jointe à une raison de commodité. Raison d'équité : en forçant le débiteur poursuivi à payer sans lui permettre d'exciper de sa créance, on lui fait courir le risque de l'insolvabilité de son débiteur lorsqu'il le poursuivra à son tour; en lui appliquant le droit commun, on le met dans un état d'infériorité; l'équité proteste contre cette inégalité; de là, la maxime formulée par la jurisprudence : *Interest nostra potius non solvere quam solutum repetere* (4). Raison de commodité : on évite un double transport de numéraire; la compensation fournit un moyen de faciliter les payements.

§ 1er. *La compensation avant Marc-Aurèle.* — La faculté, accordée au défendeur d'opposer une créance en compensation, n'est

de Trajan et d'Hadrien. Au IIIe siècle, Paul estime que si l'une des parties a, suivant l'usage, stipulé ce qui lui est dû, il n'y a pas là un acte d'exécution du contrat ; de même si l'acheteur a reçu un fidéjusseur ; mais ici le pacte ne peut être invoqué qu'*exceptionis ope* (Paul, *l. c.*). Un siècle plus tôt, Ariston était allé beaucoup plus loin : il admettait l'efficacité du pacte *de n. p.* consenti à l'acheteur après livraison de la marchandise, mais à charge de restituer au préalable tout ce qu'a donné le vendeur. Cette solution lui paraît commandée par la bonne foi dont on doit s'inspirer dans l'interprétation des contrats consensuels (ap. Ner., *loc. cit.*).

(1) Nerat., 3 Membr., D., II, 14, 58, *in fine.*

(2) Mod., D., XVI, 3, 1 : *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.* Le mot compensation, de *pendere cum*, éveille l'idée d'une pesée, d'une balance.

(3) Au milieu du VIe siècle, la compensation conventionnelle avait déjà reçu d'autres applications ; on en trouve des exemples dans Caton (*R. r.*, 144, 145). Cf. Appleton, *Hist. de la compensation*, 1895, p. 68.

(4) Pomp., 25 ad Sab., D., XVI, 3, 3.

pas sans inconvénients : elle favorise la chicane, en permettant d'invoquer une prétendue créance dont la vérification retardera la solution du procès. Aussi a-t-on rigoureusement déterminé les cas où la compensation est possible : jusqu'à Marc-Aurèle il n'y en eut que trois (1).

1° Dans les actions de bonne foi, le juge a la faculté, s'il le croit équitable (2), de compenser les obligations réciproques des plaideurs, alors même qu'elles seraient d'espèces différentes, mais pourvu qu'elles dérivent de la même cause. La différence d'espèces n'a pas d'importance, puisque c'est le juge qui estime lui-même la valeur pécuniaire de chaque créance. L'identité de cause est nécessaire, car le juge a reçu mission de s'occuper des obligations résultant d'un contrat déterminé : pour tous autres rapports existant entre les plaideurs, il est incompétent. De plus, les obligations qui naissent d'un contrat de bonne foi, sont entre elles dans une étroite dépendance; elles forment comme un tout indivisible (3) : l'équité commande en général de les apprécier simultanément (4), mais le juge reste libre de ne pas le faire, suivant les circonstances.

2° Le banquier (*argentarius*) qui agit en justice contre un de ses clients, ne peut lui demander une somme supérieure à celle qui résulte de la balance de leurs comptes, sous peine de perdre sa créance pour *plus petitio*. Mais une double condition est nécessaire : que les dettes réciproques soient exigibles, qu'elles aient pour objet des choses de même nature et de même

(1) On cite parfois deux cas de compensation légale admis de bonne heure par la jurisprudence : l'un en faveur du mari qui a fait des dépenses nécessaires pour la dot, dont il est débiteur, l'autre en faveur du père de famille créancier du pécule confié à son fils ou à son esclave et tenu de ses engagements *de peculio* (p. 132, 1). Mais l'application de la règle *impensas necessarias ipso jure dotem minuere* (Pomp., ap. Ulp., 36 ad Sab., D., XXV, 1, 5 pr.), ou *ipso jure minutum esse peculium* (Jul., ap. Afr., 8 Quæst., D., XIX, 1, 30 pr.), n'aboutit pas toujours à une compensation : si la dot a pour objet un corps certain, le mari n'acquiert qu'un droit de rétention (p. 112, 3); quant au pécule, s'il a été légué *per vindicationem* et comprend des corps certains, la créance du chef de famille se transforme en un droit de copropriété (Jul., Cels., ap. Ulp., 25 ad Sab., D., XXXIII, 8, 6 pr.).

(2) Gaius, IV, 61, 63.

(3) Paul, *h. t.*, 9, 1 : *Quia unus contractus est.* Cela est vrai surtout dans les contrats synallagmatiques parfaits (p. 406, 2). Pour les contrats synallagmatiques imparfaits, le lien entre les deux obligations est moins étroit; et l'on a prévu le cas où le juge ne tiendrait pas compte de la compensation : on a créé l'action contraire (p. 371, 2). L'une des causes qui empêcheront le juge de compenser, c'est que la créance n'est pas liquide (Pomp., 5 ad Sab., D., XXVII, 3, 3).

(4) Il en est ainsi même si l'une des deux obligations est une obligation naturelle (Paul, *eod.*, 9 pr. ; Ulp., 30 ad Sab., *eod.*, 6). Ce dernier texte, qui a reçu au Digeste une apparence générale, est emprunté au livre dans lequel Ulpien traitait du contrat de société : il suppose donc une compensation *ex eadem causa*.

espèce, ou, suivant certains jurisconsultes, de même qualité (1).

L'obligation, imposée au banquier, a son fondement dans la coutume. Elle se justifie par la nature des rapports qui se forment entre le banquier et son client : il est tacitement convenu que les diverses opérations qu'ils pourront faire seront envisagées comme les articles d'un compte courant qui se réglera à une époque déterminée. Les parties établissent entre leurs créances réciproques une connexité qu'il ne dépend pas du banquier de méconnaître en exigeant isolément le payement de ce qui lui est dû. — L'exécution de l'obligation imposée aux banquiers est assurée par le Préteur; il y a pour eux une formule spéciale : ils sont tenus d'agir *cum compensatione*. Le banquier qui demanderait une formule ordinaire, s'exposerait à un refus. L'emploi d'une formule appropriée était d'autant plus nécessaire que l'action intentée par le banquier est une action de droit strict (*certæ creditæ pecuniæ* ou *triticaria*). Cette formule mentionne les créances réciproques des parties, mais son *intentio* a pour objet exclusif le solde en faveur du banquier (2).

Le client qui agit contre le banquier n'est pas tenu d'agir *cum compensatione* (3), mais, par une juste réciprocité, le banquier a le droit de lui opposer l'exception *pensatæ pecuniæ* pour donner au juge le pouvoir d'opérer la compensation dans la mesure de ce qui lui est dû (4).

3° Celui qui achète le patrimoine d'un insolvable ne doit en principe payer aux créanciers qu'un dividende (p. 767,5). Cette règle, appliquée à un créancier qui serait en même temps débiteur de l'insolvable, conduirait à un résultat inique : il ne pourrait exiger qu'une quote-part de sa créance, alors qu'il resterait tenu de l'intégralité de sa dette. On prévient cette iniquité en forçant le *bonorum emptor* à agir *cum deductione*, à déduire de la créance de l'insolvable ce que celui-ci doit au défendeur.

La *deductio* du *bonorum emptor* diffère à plusieurs égards de la *compensatio* du banquier : *a*) la *deductio* figure dans la *condemnatio :* c'est une restriction au pouvoir de condamner conféré au juge. La *compensatio* doit être faite dans l'*intentio*, c'est une restriction au droit du demandeur. Par suite, le *bonorum emptor*

(1) Gaius, IV, 66-68.

(2) Gaius, IV, 64. Les créances du banquier ne résultent pas nécessairement d'un *nomen transcripticium*, comme le suppose Eisele (*Die Compensation*, 1876) : elles peuvent, en effet, d'après Gaius (IV, 66), avoir pour objet du vin ou du blé.

(3) L'opinion contraire d'Eisele (p. 27) ne saurait être accueillie. Cf. Karlowa, II, 825; Appleton, 108.

(4) Ulp., 7 Disp., D., XXII, 3, 19, 4. Cf. sur cette exception, Lenel, *E. P.*, 402; Appleton, 114.

ne court pas le risque d'une *plus petitio* comme le banquier : alors même qu'il réclamerait un *certum*, la *condemnatio* sera *incerta*. — *b*) Tandis que la *compensatio* est faite par le banquier, la *deductio* est opérée par le juge : il estimera la valeur pécuniaire de la créance du défendeur. Donc il n'est pas nécessaire que cette créance soit exigible, ni qu'elle ait un objet de même nature que la créance du *bonorum emptor* (1).

L'obligation d'agir *cum deductione* est assurée par les formules spéciales que le *bonorum emptor* doit demander pour faire valoir les créances de l'insolvable : ces formules sont la formule Rutilienne ou la formule Servienne, suivant que l'insolvable est vivant ou décédé (p. 769, 2).

En dehors de ces trois cas, le défendeur qui avait une créance contre le demandeur, devait former contre lui une demande reconventionnelle (2). Cette demande faisait l'objet d'une action séparée et donnait lieu à la délivrance d'une formule distincte, bien qu'il fût d'usage de la renvoyer devant le juge de l'action principale. Si les deux demandes étaient reconnues fondées, le juge n'avait pas mission d'opérer la compensation (3), mais les parties avaient tout avantage à faire une compensation de leurs créances respectives jusqu'à concurrence de la plus faible.

§ 2. *Le rescrit de Marc-Aurèle.* — Un rescrit de Marc-Aurèle donna à la compensation une portée plus large : il permit de l'invoquer dans les actions de droit strict au moyen de l'exception de dol. Les contrats de droit strict étant unilatéraux, la compensation a lieu nécessairement *ex dispari causa* : le juge est saisi par le défendeur d'une demande qui ne se rattache aucunement à la demande principale, mais qui a pour but de rendre manifeste le dol du demandeur. Le dol consiste à réclamer ce que l'on doit rendre : *Dolo facit qui petit quod redditurus est* (4).

(1) Gaius, IV, 65-68 ; 35.

(2) *Mutua petitio* (Marcel., D., XVII, 1, 38 pr.). Le cas était très fréquent (Quint., III, 10). Le renvoi à un seul juge était vu si favorablement que l'on dérogeait aux règles ordinaires de la procédure (Ulp., D., L, 13, 1, 15).

(3) On a objecté un passage de Sénèque (*De ben.*, VI, 5) qui conclut ainsi : *Debitor discede qui creditor veneras*. Mais la suite du texte, où l'interlocuteur de Sénèque rapporte ce qu'on enseigne dans les écoles de droit, prouve que les actions restaient séparées.

(4) Paul, 6 ad Plaut., D., L, 17, 173, 3. L'innovation n'est connue que par un texte très laconique (*Inst.*, IV, 6, 30). Elle soulève plusieurs difficultés qui ne peuvent être toutes résolues d'une manière sûre : 1° Fut-elle étendue par le droit classique aux actions de bonne foi ? La logique semble l'exiger : si la compensation est admise *ex dispari causa* dans les actions de droit strict, elle doit l'être à plus forte raison dans les actions de bonne foi. Mais cette conséquence n'apparaît pas dans les textes avant Justinien (*C. J.*, IV, 31, 14 ; IV, 34, 11). Il est très douteux qu'à l'époque classique le juge ait pu connaître de toutes les dettes réciproques existant

§ 3. *La compensation après Marc-Aurèle.* — Le silence des textes sur les conséquences de l'innovation introduite par Marc-Aurèle est assez surprenant (1). Sans doute les réformes, introduites par Justinien, en matière de compensation, rendaient inutiles les commentaires des jurisconsultes classiques. Mais les compilateurs leur ont emprunté, en les remaniant, une série de décisions relatives à la compensation de l'*argentarius,* à la *deductio* du *bonorum emptor;* on ne voit pas pourquoi ils ont laissé de côté celles qui concernaient notre rescrit. Il faut probablement en conclure que ce rescrit n'eut pas en pratique la portée que Justinien paraît lui attribuer (2).

entre les parties : sa mission était limitée par le *qua de re agitur* de la formule (Cf. Ortolan, III, 675). 2° Est-ce un dol de ne pas tenir compte d'une dette quelconque? Malgré le silence des Institutes, il faut nécessairement exclure les dettes nulles d'après le droit civil ou d'après le droit prétorien (Ulp., D, XVI, 2, 7 pr.); il faut aussi exclure les dettes non échues, car on ne peut enlever au débiteur le bénéfice du terme. C'est ce que disait Javolenus (15 ex Cassio, *eod.*, 14) de la *deductio* du *bonorum emptor* (cf. Lenel, I, 285). Faut-il exclure les dettes qui ne sont pas liquides et certaines? Il est difficile d'imputer un dol au demandeur qui ne tient pas compte d'une créance contestée ou indéterminée. Il semble donc qu'on ne pouvait opposer en compensation qu'une créance juridiquement obligatoire, exigible, liquide et certaine; mais ce serait là une règle bien absolue qui se comprendrait si la compensation s'opérait mécaniquement par la seule force de la loi; elle se justifie moins bien dans le système de la compensation judiciaire. Le dol est une question de fait (Paul, 71 ad Ed., D., XLIV, 4, 1, 2). 3° Comment l'exception de dol a-t-elle pour effet d'amener la compensation? Est-ce en donnant au juge le pouvoir de diminuer la condamnation réclamée par le demandeur, ou en forçant le demandeur à réduire sa prétention ? Il faut distinguer trois cas : si les deux créances sont égales, le défendeur est absous; si la créance du défendeur est plus forte, il est également absous, mais il conserve son action pour ce qui lui reste dû; enfin si la créance du défendeur est plus faible, Justinien dit qu'il sera condamné à payer la différence (Inst., IV, 6, 39). En était-il de même à l'époque classique? C'est fort douteux : l'exception est une condition négative apposée à l'*intentio;* si elle est vérifiée, le défendeur doit être absous. Le demandeur doit donc avoir soin de ne pas laisser insérer l'exception dans la formule; il doit faire lui-même la compensation pour ne pas s'exposer à perdre sa créance tout entière. La question est très controversée. En l'absence de textes précis pour la trancher, il faut s'en tenir à l'effet de l'exception indiqué par Gaius (IV, 119) et par Ulpien (74 ad Ed., D., XLIV, 1, 2 pr.). On a allégué en sens inverse un texte de Paul (de var. lect., D., XLIV, 1, 22 pr.) : *Exceptio est conditio quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem.* Mais ce texte n'est pas probant, car de deux choses l'une : ou le mot *conditio* est pris dans son sens technique, et alors le texte a été tronqué; Paul n'a pu dire qu'une modalité, qui suspend la naissance d'un droit, diminue une condamnation; ou le mot *conditio* n'est pas pris dans son sens technique, et alors le texte ne peut servir à résoudre notre question. Paul fait allusion aux restrictions introduites dans la formule pour limiter la condamnation (*duntaxat de peculio, duntaxat quod facere potest*). Cette manière de voir a été très fortement établie par Ortolan (III, 662); elle est adoptée par Appleton (p. 338-391), qui invoque Pomponius (D., XXXIV, 2, 34, 1) et par Girard (*Manuel*, 703, 1).

(1) Ortolan (III, 664) cite Paul (II, 5, 3). Mais ce texte a été maladroitement remanié par les compilateurs du Bréviaire d'Alaric : on y trouve juxtaposées la *compensatio* et la *deductio* avec une allusion à la *pluspetitio* qui n'est possible que vis-à-vis de l'*argentarius;* il n'y a pas trace de l'exception de dol.

(2) Appleton (261, 281), conjecture que le rescrit n'a pas posé un principe géné-

Ce n'est pas à dire que la compensation n'ait reçu une application plus large que par le passé. Jurisconsultes et empereurs expriment très nettement leur volonté de faire prévaloir la raison d'équité qui motive la compensation et de la soustraire à l'arbitraire du juge (1) : Papinien va jusqu'à dire que l'équité introduit ici un droit strict (*merum jus*) (2). On résolut d'en assurer l'observation dans le cas même où le défendeur forme une demande reconventionnelle par une action séparée (*mutua petitio*) : des constitutions prescrivent de surseoir à l'exécution de la condamnation sur la demande principale jusqu'après le jugement sur la demande reconventionnelle (3). Dès lors, aucun des plaideurs ne peut exiger le montant de la créance liquidée par le juge, sans déduire ce qu'il doit à son adversaire; sinon, celui-ci, poursuivi par l'action *judicati*, n'a qu'à opposer l'exception de dol pour obtenir la compensation (4).

S'il reste encore bien des points obscurs dans l'histoire de la compensation (5), un fait du moins est certain : c'est que la compensation en droit classique n'opère pas par la seule force de la loi, à l'insu du débiteur (6). Il dépend de lui de l'invoquer ou d'y renoncer : s'il l'invoque et qu'il ait plusieurs créances, il peut choisir celle qu'il veut compenser (7); s'il y renonce, il conserve le droit de réclamer ultérieurement le payement de ce qui lui est dû (8); il n'est pas censé avoir payé

ral, mais a statué sur un cas concret, impliquant un dol du demandeur. Suivant lui, le procédé normal pour obtenir compensation aurait consisté à former séparément une demande reconventionnelle qui était soumise au juge de l'action principale.

(1) Pap., 6 Resp., D., XXXIV, 9, 15; Alex. Sev., *C. J.*, IV, 31, 5 et 6.

(2) Pap., 3 Quæst., D., XXVI, 7, 36 : *Æquitas, quæ merum jus compensationis inducit. Merum jus*, est d'ordinaire le contraire de l'équité : c'est le droit pur, rigoureux, absolu. Plaute (*Rud.*, 1044 et 1058) oppose le *jus merum* au *jus bonum*. Cf. Paul, 54 ad Ed., D., XLI, 3, 4, 27; Ulp., 11 ad Ed., D., IV, 4, 16 pr. Ailleurs, Papinien (4 Quæst., D., V, 1, 40) oppose la *judicis potestas* à la *juris necessitas*.

(3) Macer., D., XLIX, 8, 1, 4; Alex. Sev., C., IV, 31, 6; V, 21, 1.

(4) Pap., 3 Quæst., *h. t.*, 16, 1; Carac., C., V, 31, 2.

(5) La cause principale de cette obscurité tient à l'insertion au Digeste de décisions inspirées par des théories divergentes et aux remaniements subis par les textes classiques pour les mettre d'accord avec les réformes de Justinien. Elle a été en partie dissipée par la découverte du manuscrit de Gaius et par le classement méthodique des textes appartenant à tel ou tel livre des commentaires de l'édit. Ce classement a été fait par Lenel (*Z. Sav. St.*, IV, 112) et par Appleton (*op. cit.*).

(6) On a invoqué en sens contraire un rescrit de S. Sévère qui décide que les deux créances cessent de produire des intérêts, à dater du jour où elles coexistent et dans la mesure où la compensation a lieu (Paul, 32 ad Ed., *eod.*, 11). Mais cette décision paraît avoir été rendue pour régler les rapports entre associés : la gestion de la société donnait lieu fréquemment à des créances réciproques, que la bonne foi commandait de compenser. Cf. Eisele, *Die Compensation*, 174; Appleton, 85.

(7) Les compilateurs du Digeste ont conservé une décision en ce sens donnée par Gaius pour l'*argentarius* (9 ad Ed. prov., *h. t.*, 5).

(8) Ulp., 28 ad Ed., *eod.*, 7, 1 (texte écrit en vue de l'*argentarius*).

l'indû en connaissance de cause, avoir fait une libéralité.

IX. Impossibilité d'exécution. — L'obligation s'éteint lorsque la prestation est devenue impossible en fait ou en droit. Cette règle comporte deux restrictions : 1° Si le débiteur est en faute ou en demeure, il doit réparer le préjudice causé (1). 2° Il est toujours tenu de son enrichissement (2).

Sous cette double réserve, le débiteur est libéré : 1° par la perte fortuite de la chose due lorsqu'elle consiste en un corps certain (3) ; 2° par la mise hors du commerce de cette chose ; 3° lorsque le créancier n'a plus d'intérêt pécuniaire à la prestation (4); 4° lorsque le créancier est devenu propriétaire de la chose due, autrement qu'en exécution de la promesse (5). Si cependant le créancier a fait des déboursés pour se procurer la chose, il a le droit de les réclamer. Le débiteur n'est donc, à vrai dire, entièrement libéré, que si le créancier a acquis la chose à titre gratuit : on dit qu'il y a ici *concours de deux causes lucratives* (6) ; 5° lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent sur la même tête. C'est ce qui a lieu lorsque le créancier devient l'héritier du débiteur ou réciproquement.

Certains jurisconsultes présentent la *confusion* comme un mode d'extinction des obligations analogue au payement (7) ; ils en concluent que les débiteurs accessoires sont libérés (8). Cette manière de voir peut être acceptée lorsqu'il n'y a qu'un débiteur principal et un créancier, elle ne suffirait pas à expliquer les solutions données dans notre hypothèse (9). Aussi d'autres jurisconsultes distinguent-ils la confusion du payement pour en faire un mode civil d'extinction des obligations (10). Cette opinion

(1) Le débiteur, qui a promis la chose d'autrui et ne peut se la procurer, est responsable du préjudice causé par l'inexécution d'un engagement qu'il a eu l'imprudence de contracter (Pomp., D., XIX, 2, 9 pr. ; cf. XIII, 5, 14, 2).

(2) Gaius, 10 ad Ed. prov., D., XVIII, 2, 35, 4.

(3) Pomp., 2 Ench., D., XLVI, 3, 107. Le fait d'autrui est considéré comme un cas fortuit (Jul., ap. Paul, 17 ad Plaut., D., XLV, 1, 91, 1).

(4) Cass., ap. Jul., D., XIX, 2, 32. Cf. Éd. Cuq, *Colonat partiaire*, 42.

(5) Paul, 5 ad Plaut., D., XLVI, 3, 61. Cette règle est fondée sur une double raison : absence de préjudice pour le créancier; impossibilité de livrer deux fois la même chose (Afr., 5 Quæst., D., XXX, 108, 4 : *Quia nec absit quicquam, nec bis eadem res præstari possit;* Jul., 33 Dig., *eod.*, 84, 1 ; Paul, II, 17, 8).

(6) P. 189, 6. Jul., 33 Dig., D., XLIV, 7, 17. Cf. Labbé, *Etude*, p. 218.

(7) Paul, 2 ad Ed. æd., D., XXI, 2, 41, 2 ; Pap., 28 Quæst., D., XLVI, 3, 95, 2 : *Aliquando pro solutione cedit;* Afr., D., XXIV, 3, 33.

(8) Jul., 58 Dig., D., XXI, 2, 40 ; cf. p. 552, 4.

(9) La confusion opérée en la personne du fidéjusseur ne libère pas le débiteur (Ulp., D., XLVI, 3, 43 *in fine;* Jul., ap. Afr., D., XLVI, 1, 2, § 1, 3 et 5).

(10) Pomp., 2 Ench., D., XLVI, 3, 107 ; Pap., 37 Quæst., D., XLVI, 1, 50; Paul, ad l. Falcid., D., XXXV, 2, 1, 18. La confusion éteint l'obligation *ipso jure* comme l'acceptilation (Mod., 8 Reg., D., XLVI, 3, 75). On ne peut léguer une créance éteinte par confusion (Jul., ap. Ter. Clem., D., XXXIV, 3, 21, 1).

est la plus exacte (1). A vrai dire, la confusion n'est qu'un obstacle au droit d'action : l'obligation est éteinte parce qu'on ne peut se poursuivre soi-même. Par suite on doit restreindre les effets de la confusion dans les limites de l'impossibilité légale qu'elle produit (2). Si donc l'obstacle est levé, par exemple si le testament est rescindé par la plainte d'inofficiosité, la créance recouvre toute sa force (3). De même s'il y a pluralité de créanciers ou de débiteurs principaux, l'obligation ne disparaîtra pas tout entière : elle subsistera au moins en partie, parfois pour le tout (4).

CHAPITRE XI

Cession des créances.

Les créances sont, comme la propriété, un élément du patrimoine : elles se transmettent en général aux héritiers et aux personnes assimilées. Mais, à la différence de la propriété, on ne peut en disposer à titre particulier, ni entre vifs ni à cause de mort : c'est la conséquence logique de leur définition. Droits essentiellement relatifs, les créances impliquent un rapport entre deux personnes déterminées : on ne peut changer l'un des termes du rapport sans le détruire (5).

Cette conception nous paraît aujourd'hui peu pratique. La fortune mobilière a pris un développement énorme, elle est représentée en grande partie par des titres de créances à échéance plus ou moins reculée : on en dispose à chaque instant comme on dispose de la propriété. Il en fut autrement à Rome : les

(1) Ces divergences sur la conception de la confusion remontent au Ier siècle : les Sabiniens attribuaient volontiers à la confusion des effets absolus ; les Proculiens les restreignaient dans la mesure où elle faisait obstacle au droit d'action (Gaius, IV, 78 : *Nostri præceptores (actionem) intercidere putant, quia in eum casum deducta sit in quo consistere non potuerit... Diversæ scholæ auctores... quiescere actionem putant quod ipse mecum agere non possum, cum vero exierit de mea potestate, tunc eam resuscitari*).

(2) Labbé, *Etude sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, p. 1, 5, 8.

(3) Paul, 3 Resp., D., V, 2, 21, 2.

(4) Jul., ap. Afr., 7 Quæst., D., XLVI, 1, 21, 4; Paul, 4 Quæst., 71 pr. : *Cum duo rei promittendi sint, et alteri heres exstitit creditor, justa dubitatio est utrum alter quoque liberatus est ac si soluta fuisset pecunia... Et puto aditione hereditatis, confusione obligationis eximi personam.* La dette est éteinte pour partie ou pour le tout, suivant que les codébiteurs sont ou non associés (p. 328, 6).

(5) Ulp., 18 ad Sab., D., VII, 1, 25, 2 : *Quamvis non soleat stipulatio semel cui quæsita, ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem.*

créances étaient d'ordinaire à courte échéance; il était plus simple de les recouvrer que de les céder. Mais cela n'était pas toujours possible ; le créancier peut avoir un besoin d'argent immédiat : c'est une femme qui est créancière d'une dot remboursable en trois annuités, et qui veut se remarier sans attendre l'expiration des trois années (1) ; c'est un débiteur qui n'est pas en mesure de payer à l'échéance et qui voudrait faire argent d'une créance qu'il a contre un tiers (2). Dans d'autres cas, l'inaliénabilité des créances est une gêne sérieuse et une source de difficultés : dans un partage, il y a grand intérêt à répartir entre les héritiers les créances qui se divisent de plein droit à la mort du défunt, et à procéder à des cessions réciproques pour que chaque créance appartienne intégralement à l'héritier à qui elle est attribuée (3). Dans ces cas et autres semblables, on dut chercher un expédient pour donner satisfaction aux besoins de la pratique.

I. Formes de la cession. — A l'époque classique, on a le choix entre deux procédés : la délégation, le mandat *in rem suam*.

Dans le premier cas, le débiteur, sur l'ordre de son créancier, promet au cessionnaire ce qu'il doit au cédant. Ici la créance ne change pas de titulaire : elle s'éteint, mais une créance nouvelle la remplace. Il n'y a pas cession, mais novation par changement de créancier (4). Ce procédé présente un double inconvénient : il exige le consentement du débiteur cédé; il prive le cessionnaire des avantages attachés à la créance originaire.

Le second procédé est bien préférable et constitue un progrès réel (5). Ne pouvant céder sa créance, le titulaire cède son action; plus exactement, il donne mandat au cessionnaire d'agir en justice à sa place, mais il le dispense de rendre compte. Le cessionnaire fera valoir l'action pour son compte personnel (*in rem suam*) (6) et à ses risques et périls. C'est un expédient auquel on n'aurait pu songer au temps des actions de la loi (I, 408, 9), mais que suggéra la pratique de la procédure formulaire. Ce régime de procédure admet la représentation en justice : le Préteur délivre une formule dont l'*intentio* est au nom du cédant, la

(1) Treb., Lab., ap. Jav., 6 ex Post., D., XXIV, 3, 66, 2.

(2) Scæv., D., XXXI, 88, 5 ; Pap., D., XIX, 5, 9 ; XXI, 2, 68, 1.

(3) Gaius, 7 ad Ed. prov., D., X, 2, 3 : *Quia sæpe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet.*

(4) Gaius, II, 38.

(5) Il s'applique également à la cession de dettes (Plaut., ap. Paul, D., III, 3, 61 ; Ulp., D., XLII, 1, 4 pr.). Cette cession devait être assez rare, car le créancier était libre de ne pas accepter le changement de débiteur. On n'a jamais admis ici le système des actions utiles, même pour l'acheteur d'hérédité (C., IV, 39, 2).

(6) *Cognitor, procurator in rem suam* : *Vat. fr.*, 260, 317, 333 ; Paul, I, 2, 3.

condemnatio au nom du cessionnaire. Celui-ci obtiendra l'émolument de la créance comme le cédant lui-même (p. 735).

Ce procédé n'était pas encore parfait : d'abord il exige une capacité spéciale, celle de plaider pour autrui ou par autrui; puis, tant que le cessionnaire n'avait pas agi en justice contre le cédé, et il ne pouvait le faire avant l'échéance, son droit était soumis aux chances d'extinction du mandat : décès du mandant (1) ou du mandataire, révocation (2). Le cédant, restant maître de la créance, pouvait, jusqu'à la *litis contestatio,* exiger et recevoir le payement, sauf sa responsabilité envers le cessionnaire (3). Il ne semble pas cependant que ces imperfections aient présenté à l'user des inconvénients sérieux (4) : on n'a pas pris de mesures pour les écarter d'une manière générale. Dans quelques cas seulement, on a consolidé la situation du cessionnaire sans attendre la *litis contestatio.*

Cette innovation partielle est-elle due au droit classique? Cela est très douteux. Les textes de cette époque contiennent bien la trace d'un changement, mais ils sont suspects d'interpolation : ils expriment plutôt le résultat d'une pratique qui s'est développée sous le régime de la procédure extraordinaire et qui a été consacrée par Justinien. Cette pratique consiste essentiellement à permettre au cessionnaire d'exercer, sans mandat, à titre d'action *utile,* l'action du cédant. Le cessionnaire n'a plus à redouter les inconvénients inhérents à la qualité de mandataire; il reste seulement exposé à se voir injustement privé de son droit par le cédant, mais il peut se prémunir contre ce danger en notifiant au débiteur cédé l'acte de cession (*denunciatio*), ou en obtenant de lui la reconnaissance de son titre (5).

(1) Gord., C., IV, 10, 1.

(2) Il n'y a pas de texte relatif au droit de révoquer, mais on ne saurait le refuser au cédant : les textes cités dans les notes suivantes prouvent que le droit commun était ici appliqué. Gide (*Etude sur la novation*, 290) l'a contesté à tort : il invoque Ulpien (9 ad Ed., D., III, 3, 25), qui déclare irrévocable le droit du (*cogni*)*tor in rem suam;* mais il n'a pas pris garde aux mots *post litem contestatam* qui sont au début du commentaire (*eod.*, 17 pr.). Il invoque aussi Ulpien (65 Ed., *eod.*, 55) : mais ce texte vise le cas exceptionnel où le droit classique accordait les actions utiles.

(3) Gord., C., VIII, 41, 3; Herm., D., XVIII, 4, 23, 1. Le cédant conserve le droit de faire acceptilation : c'est à lui que le cessionnaire doit s'adresser pour obtenir la libération anticipée du cédé (Jul., *eod.*, 19). Le cessionnaire ne pourrait consentir qu'un pacte de remise (Paul, 3 ad Ed., II, 14, 13, 1).

(4) En cas de décès, les héritiers du cédant ou du cessionnaire pouvaient se prévaloir du contrat conclu avec leur auteur, lorsqu'il avait traité à titre onéreux. Cf. Labbé sur *Ortolan*, III, 894.

(5) Gord., *loc. cit.* Texte manifestement interpolé : Gordien n'a pu écrire *accipiat vel denuntiaverit* à des temps différents, ni répéter dans la même ligne *debitori tuo... a debitore tuo* (cf. Lenel, *Jherings Jahrb.*, XL, 39). La notification au débiteur était usitée sous Alexandre Sévère, en cas de *pignus nominis* (p. 314, 1).

Le point de départ de cette innovation remonte à un rescrit d'Antonin le Pieux : il a étendu à l'acheteur d'hérédité la faveur accordée au fidéicommissaire par le Sc. Trébellien (1). Il ne semble pas que le droit classique ait été plus loin (2). Mais, au Bas-Empire, la même faveur fut attribuée à celui qui a reçu une créance en dot (3) ou en payement (4), à l'acheteur, au légataire (5), enfin au donataire d'une créance (6). En dehors de ces cas exceptionnels, on pouvait obtenir le *jus contestationis*, qui procurait au cessionnaire les mêmes avantages que s'il y avait eu *litis contestatio* (7).

Désormais, le cessionnaire est maître de la créance dès le jour de la signification au débiteur cédé. L'usage du mandat *in rem suam* a pourtant subsisté soit dans les cas où l'action utile n'était pas accordée, soit même dans les cas où elle était permise, comme le prouve l'insertion dans les compilations de Justinien, des textes relatifs aux *actiones mandatæ* : il avait l'avantage de faciliter la preuve de la cession (8).

II. Causes de la cession. — La cession de créance ne doit pas être confondue avec l'acte qui la motive. Elle est volontaire ou forcée : volontaire (9) lorsqu'elle sert à exécuter une vente, une donation, un legs, une dation en payement, une constitution de dot; forcée, lorsqu'elle est imposée par le juge (10) ou par la loi (11). La distinction de la cession et de l'acte qui la détermine

(1) Ap. Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 16. L'extension se conçoit aisément, car le fidéicommissaire était jusque-là *emptoris loco* (p. 676, 3).

(2) Gordien (C., IV, 10, 1) accorde exceptionnellement une action utile au cessionnaire, lorsque le cédant est mort sans héritier avant la *litis contestatio*.

(3) Val., Gall., C., IV, 10, 2. Interpolation certaine : on donnerait au mari une action utile bien qu'il n'y ait pas eu *litis contestatio*. Faut-il donc attendre la *l. c.* pour accorder l'action utile? Elle serait alors sans intérêt.

(4) Diocl., C., IV, 15, 5. Interpolation évidente : la fin du texte contredit le commencement. Le rescrit affirme que le créancier ne peut agir autrement que *mandatis actionibus*, puis il ajoute qu'il peut *utili actione recte uti !*

(5) Val., Gall., *loc. cit.;* Diocl., C., VI, 37, 18. Interpolation probable : il serait inutile de dire que le légataire ne peut exercer l'action directe à défaut d'*actiones mandatæ*, s'il avait une action utile.

(6) Just., C., VIII, 53, 33.

(7) *Ibid. : Nisi... jus contestationis divino rescripto meruissent.*

(8) Par exemple en cas d'attribution à l'un des cohéritiers d'une créance héréditaire (Ulp., 19 ad Ed., D., X, 2, 2, 5).

(9) Le droit classique n'admet qu'un très petit nombre de restrictions à la faculté de céder les créances. Ces restrictions tiennent les unes aux personnes entre lesquelles a lieu la cession, les autres à la nature des créances : 1° Sont défendues les cessions faites au fisc ou au prince (Paul, V, 12, 7; Rescr. Pii, ap. Marc., de delat., D., XLIX, 14, 22, 2). 2° Est incessible la créance qui a pour objet des *operæ officiales*. Les services de cette nature ne peuvent être fournis à aucun autre qu'au patron (p. 145, 9).

(10) Ulp., *loc. cit.;* 36 ad Ed., D., XXVII, 3, 1, 18.

(11) Le mandataire est tenu de céder au mandant les créances acquises à l'occa-

est importante au point de vue des rapports qui se forment entre le cédant et le cessionnaire.

III. Effets de la cession. — Entre le cédant et le cessionnaire, les effets dépendent de la nature de l'acte qui a motivé la cession. Tandis que le donateur ne répond que de son dol (1), le vendeur garantit, sauf convention contraire, l'existence de la créance (2) mais non la solvabilité du cédé (3).

Entre le cessionnaire et le cédé, la question est de savoir si le cédé peut opposer au cessionnaire les exceptions qu'il aurait pu opposer au cédant. La réponse dépend du procédé employé pour effectuer la cession : s'il y a eu délégation, on applique les règles de la matière, et, par suite, en principe, le consentement donné par le cédé au changement de créancier, emporte renonciation au droit d'invoquer ces exceptions. Si, au contraire, il y a eu mandat *in rem suam*, le cédé conserve tous ses droits (4).

CHAPITRE XII

Cautionnement.

I. But des garanties personnelles. — Le cautionnement a pour but, comme l'hypothèque, de procurer à un créancier une garantie pour assurer le payement de ce qui lui est dû. L'hypothèque est une garantie réelle : le débiteur ou un tiers affecte à l'acquittement de la dette une chose que le créancier fera vendre

sion de sa gestion (Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 1, 8, 10) ; le vendeur doit céder à l'acheteur les actions qu'il a acquises après la vente (Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 1, 13, 12; 29 ad Sab., D., XLVII, 2, 14 pr.) ; l'héritier doit céder au légataire l'action donnée en raison d'une blessure causée avant l'adition à l'esclave légué (Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 2, 15 pr.).

(1) Lab., Ulp., 71 ad Ed., D., XXXIX, 5, 18, 3; cf. Labbé, *De la garantie*, 100.

(2) Cels., 9 Dig., ap. Ulp., 22 ad Ed., D., XVIII, 4, 4 ; Paul, 33 ad Ed., *eod.*, 5. Si la créance n'existe pas, le cédant doit rembourser le montant nominal de la créance quand elle a pour objet une somme d'argent, sinon il doit une indemnité.

(3) L'insolvabilité postérieure à la vente est un cas fortuit : le risque est pour l'acheteur, sauf convention contraire. Quant à l'insolvabilité antérieure, l'acheteur ne peut s'en prendre qu'à lui-même s'il a négligé de s'en informer (Cf. Labbé, *op. cit.*, 27).

(4) Le cessionnaire peut-il invoquer les privilèges du cédant? Il n'y a pas de texte décisif pour cette question très controversée. D'ordinaire on distingue entre les privilèges attachés à la créance et ceux qui tiennent à la qualité du créancier. Mais cette distinction est faite par les Romains à un point de vue différent, celui de la transmissibilité aux héritiers. On a invoqué Papinien (1 Def., D., XXVI, 7, 42), mais ce texte prévoit un cas de cession forcée : il n'est pas sûr qu'on puisse l'appliquer au cas de cession volontaire. Il semble donc qu'on doive permettre au cessionnaire d'invoquer les privilèges comme les autres droits du cédant. Cf. p. 768, 3.

à son profit s'il n'est payé à l'échéance. Le cautionnement est une garantie personnelle : il consiste dans l'intervention d'un tiers qui s'oblige personnellement à côté du débiteur principal. Ces deux systèmes de garantie conviennent à un état social différent : chacun d'eux a été d'un usage plus ou moins répandu, suivant les époques. Le cautionnement suppose des personnes unies par les liens de la solidarité : il a été surtout en honneur sous la République. C'est un service qu'on se rendait mutuellement entre membres d'un même groupe, d'une même famille ou tribu (1) : de grands personnages acceptaient de servir de caution à de petites gens qui étaient dans leur clientèle ; des citoyens aspirant aux honneurs publics, intervenaient en faveur de leurs amis politiques (2).

Sous l'Empire, les liens de solidarité religieuse ou sociale s'affaiblissent; les partis politiques disparaissent peu à peu. Les individus vivent isolés ; le système des garanties personnelles devient d'une application moins facile. En dehors des relations d'amitié ou de parenté, le cautionnement n'était guère possible qu'entre personnes unies par des intérêts matériels. A défaut de répondant, on eut recours aux sûretés réelles dont l'usage commence à se généraliser. Le Préteur cependant n'admit pas, dans les cas où il exigeait une promesse garantie par une caution, l'équivalence des sûretés réelles. Est-ce à dire qu'il n'ait pas voulu accommoder son édit aux nécessités du temps où il vivait? Il ne serait pas exact de voir en lui un conservateur arriéré des anciennes traditions : s'il refusait d'accepter une sûreté réelle, quelque solide qu'elle fût, à la place d'une sûreté personnelle, c'était par un sentiment de haute moralité : il entendait réserver ses faveurs aux bons citoyens sans en faire un privilège de la fortune. Un citoyen honorable trouvera des répondants qui refuseront de se porter caution d'un malhonnête homme, quelle que soit sa richesse (3). Ce que le Préteur recherchait avant tout, c'était une attestation de l'honorabilité du promettant (4).

(1) *C. I. L.*, VI, 10213 : *Bonus et utilis tribulis*. Cf. Cic., *ad fam.*, XIII, 23, 1

(2) Cic., p. *Rabir.*, 2 : *Nec amicos umquam suos destitit... fide sustentare*. Cf. *p. Murena*, 34 ; *ad Att.*, XII, 17.

(3) Proc., ap. Pomp., 15 ad Q. Muc., D., XLV, 1, 112, 1 : *Plerumque idonei non tam patrimonio quam fide æstimantur.*

(4) Le cautionnement est encore usité de nos jours : n'aurait-il pas dû disparaître avec les causes qui en avaient favorisé le développement à Rome ? Non, car les liens de solidarité qu'il suppose subsistent : ils ont seulement changé de nature. Notre état social n'a plus pour fondement un petit nombre de groupes plus ou moins fermés : il repose sur une base bien autrement large, celle d'une association tacite qui rend solidaires tous les intérêts, toutes les industries Voilà pourquoi le cautionnement joue un rôle prépondérant dans nos relations d'affaires. Il offre, par

II. Modes de cautionnement. — Le cautionnement a lieu par voie d'*adpromissio ;* il comprend trois variétés : *sponsio, fidepromissio, fidejussio.* Il y a aussi deux actes qui peuvent être utilisés pour procurer au créancier une garantie : le mandat et le constitut.

§ 1er. *Adpromissio.* — L'*adpromissio* est un contrat de droit strict, en forme de stipulation, par lequel une personne s'oblige à côté du débiteur principal, en vue de procurer au créancier une garantie morale et pécuniaire. Les deux anciens modes de cautionnement, la *sponsio* et la *fidepromissio* (I, 703), eurent pour but originaire de fournir une garantie plutôt morale qu'effective. Le *sponsor* n'eut d'abord aucun recours contre le débiteur dont il avait payé la dette. En limitant à six mois le délai de remboursement, la loi Publilia prouve que l'on considérait la caution comme exposée tout au plus à faire une avance pendant un temps très court. La sanction si énergique de la loi fut pour les débiteurs un avertissement de ne pas faire appel à la garantie de leurs amis sans être certains de se libérer dans les six mois de l'échéance. En dépit de la loi, la responsabilité pécuniaire des cautions dut trop souvent être engagée. Vainement le législateur essaya de l'alléger et de concilier le caractère primitif du cautionnement avec les exigences des créanciers ; la pratique réclamait un mode de cautionnement qui garantît d'une façon efficace le droit du créancier : ce nouveau mode fut la fidéjussion. Il existait au milieu du VIIe siècle : il est visé dans une loi du temps de Sylla (1).

1° *Avantages de la fidéjussion.* — La formule rédigée par les Prudents, exprime la volonté de la caution de prendre à sa charge la responsabilité de l'obligation. Au lieu de promettre *idem*, le fidéjusseur dit : *Id fide mea esse jubeo* (2). De là, une série de conséquences qui donnent à la fidéjussion une physionomie propre et la distinguent de la *sponsio* et de la *fidepromissio : a*) La fidéjussion n'a plus seulement pour but de procurer du crédit au

rapport aux sûretés réelles, l'avantage de procurer le payement de la dette à jour fixe ; il évite les retards nécessaires pour la réalisation du gage ou pour la vente de la chose hypothéquée. Pour être plus sûr de profiter de cet avantage, la pluralité des cautions est, comme à Rome, d'un usage courant, particulièrement pour les opérations de banque.

(1) Q. Mucius connaissait la fidéjussion (ap. Cels., D., XVII, 1, 48 pr.). La loi Cornelia *de adpromissoribus* est vraisemblablement un chapitre de la loi somptuaire proposée par Sylla. Voir notre article Lex (*Dict. des Antiq.*, V, 1138).

(2) Gaius, III, 116. Cf. sur le sens donné ici au mot *fides*, Scæv., 1 Resp., D., XVI, 1, 28, 1. La correction *idem* qui figure dans toutes les éditions n'est pas justifiée. Voir Ulp., 22 ad Ed., D., XLV, 1, 75, 6 ; *C. I. L.*, III, p. 934. Cf. Pernice, *Z. Sav. St.*, XIX, 182.

débiteur, elle peut avoir lieu soit au moment où le débiteur s'oblige, soit avant ou après (1) : dans ce dernier cas, elle a pour but exclusif de prendre la responsabilité de la dette d'autrui. — *b*) La fidéjussion peut être conditionnelle. — *c*) Elle peut garantir toute espèce d'obligation civile ou naturelle. On n'exige plus la novation préalable de la dette principale lorsqu'elle n'a pas été formée *verbis*. On a même admis, avec quelque hésitation, qu'on pourrait cautionner une dette délictuelle : il y a tout intérêt, dit Gaius, à faciliter le payement de la peine due en raison d'un méfait (2). — *d*) L'obligation du fidéjusseur est perpétuelle ; elle n'est pas limitée à deux ans, comme celle du *sponsor* (3). — *e*) Elle ne s'éteint pas au décès de la caution. — Ces nombreux avantages assurèrent le succès de la fidéjussion : elle eut toutes les préférences des créanciers.

2° *Rapports entre l'obligation du fidéjusseur et celle du débiteur.* — Le fidéjusseur garantit la dette d'autrui : nul ne peut être sa propre caution (4). C'est une différence avec l'hypothèque qui peut être constituée par le débiteur. Le fidéjusseur s'oblige à côté du débiteur principal (5) ; il n'est pas cependant un codébiteur solidaire (6). Son obligation et celle du débiteur n'ont

(1) Jul., ap. Pap., 9 Quæst., D., XV, 1, 50; Ulp., D., XLVI, 1, 6 pr.

(2) Gaius, III, 119, *a*; D., XLVI, 1, 70, 5; Ulp., *eod.*, 8, 5 : *Magis putamus*. Mais un voleur ne pourrait demander à son complice une caution pour garantir la restitution des objets volés : *Maleficiorum fidejussorem accipi non posse*.

(3) Ce délai court, si la dette est pure et simple, du jour où le *sponsor* s'est engagé ; si elle est à terme, du jour de l'échéance : le délai est ici prolongé en fait par la volonté de la caution ; il ne peut dépasser le double de celui qui a été fixé par la loi (C., VIII, 40, 29). Dans une dette pure et simple le délai sera-t-il prolongé si le créancier a été dans l'impossibilité d'agir pendant un certain temps ? C'est par exemple l'esclave d'un captif ou d'une hérédité jacente qui a stipulé sous caution. Il y eut sur ce point une controverse qui a longtemps passé inaperçue parce qu'elle est mentionnée dans un texte relatif aux fidéjusseurs (Venul., 12 Stip., D., XLV, 3, 25). Ce texte a été interpolé, car pour les fidéjusseurs la controverse n'a pas de raison d'être : la loi Furia ne leur est pas applicable. Cassius était d'avis de retarder le point de départ du délai jusqu'au retour du captif ou jusqu'à l'adition. Javolenus (7 Ep., D., XLIV, 3, 4) estime qu'il est inique de prolonger le délai en raison de la condition du créancier, alors que la caution n'a rien fait pour que sa situation soit empirée. De ces deux opinions, la première est conforme à la logique du droit, la seconde à l'équité; la première est favorable au créancier; la seconde à la caution. Or l'esprit de la loi Furia était de favoriser les cautions.

(4) Jul., ap. Afr., 7 Quæst., D., XLVI, 1, 21, 2 *in f.*

(5) Jhering (4e éd., préface, p. xi et p. 192, t. III) a émis l'idée que, dans le droit ancien, la présence d'une caution équivalait au payement et libérait le débiteur; il reconnaît d'ailleurs que pour les *sponsores* et les *fidepromissores*, il n'en a jamais été ainsi. Voir la critique de cette opinion dans Geib, *Zur Dogmatik des r. Bürgschaftsrechts*, 1894; Karlowa, II, 31.

(6) On l'a parfois soutenu pour deux raisons : 1° d'après Gaius (2 Aur., D., XLIV, 7, 1, 8), le fidéjusseur *eadem obligatione tenetur ;* 2° la *litis contestatio* engagée avec le fidéjusseur ou avec le débiteur éteint la dette à l'égard de l'autre. Mais Gaius n'a pu affirmer que le fidéjusseur est tenu d'une prestation identique :

pas pour objet une prestation identique : elles ne résultent ni du même contrat ni *ex eadem causa;* le fidéjusseur peut garantir une dette qu'il ne pourrait personnellement contracter, soit d'après l'intention des parties, soit en raison de la nature de l'objet (1). Le fidéjusseur est un débiteur accessoire (2). Son obligation n'a pas une existence indépendante, comme celle d'un codébiteur solidaire : si la dette principale est nulle, la fidéjussion est nulle (3) ; si la dette principale est conditionnelle, le fidéjusseur ne peut s'obliger sans condition; il ne peut promettre plus ni autre chose que le débiteur principal, ni s'obliger *in duriorem causam* (4). Mais le fidéjusseur n'est pas un débiteur subsidiaire : il n'est pas tenu à défaut du débiteur principal; il peut être poursuivi directement par le créancier (I, 703, 5). — La liberté de se porter caution a été restreinte par la loi Cornelia : il est défendu, sauf à quelques personnes, de se porter caution pour un même débiteur, vis-à-vis d'un même créancier, durant la même année, pour une somme supérieure à 20,000 sesterces (5).

3° *Droits du créancier contre le fidéjusseur.* — A défaut de convention spéciale limitant la portée de son engagement, le fidéjusseur est tenu de payer tout ce que doit le débiteur principal (*omnem causam*) (6). L'étendue de son obligation s'apprécie au jour de la poursuite en justice ; il a en effet promis de mettre le créan-

il a sans doute voulu dire que, contrairement au droit commun, il est tenu en raison de la dette d'autrui. Quant à l'effet extinctif de la *l. c.*, c'est un trait commun à la fidéjussion et à la solidarité ; mais cela ne prouve pas qu'elles soient de même espèce.

(1) Ulp., 7 Disp., D., XLVI, 3, 31 : *Fidejussor ipse ædificans... non liberabit reum.* On n'exige pas du fidéjusseur comme d'un codébiteur solidaire qu'il soit *ejusdem peritiæ* que le débiteur principal (Jul., 22 Dig., D., XLV, 2, 5).

(2) Gaius, III, 126 : *Fidejussoris obligatio accessio est principalis obligationis.*

(3) Il en est autrement du *sponsor* et du *fidepromissor* (Gaius, III, 119).

(4) Jav., 8 *Ep.*, *h. t.*, 42 ; Ulp., 8, 7. Il y a un cas où certains jurisconsultes ont admis que le fidéjusseur peut être pris à partie en raison de sa promesse, alors que le débiteur est libéré : c'est lorsqu'il a rendu impossible par sa faute l'exécution de la dette, si par exemple il a tué l'esclave promis (Pap., 28 Quæst., D., XLVI, 3, 95, 1 ; Paul, 6 ad Plaut., D., XLV, 1, 88). La libération du débiteur n'est ici que relative : le fidéjusseur n'est pas admis à s'en prévaloir. Neratius et Julien donnent contre lui l'action de dol (ap. Pap., 37 Quæst., D., IV, 3, 19). Africain (7 Quæst., D., XLVI, 3, 38, 4) propose de restituer au créancier l'action éteinte. Marcien la donne comme action utile (D., XXII, 1, 32, 6).

(5) Gaius, III, 124-125. La loi Cornelia ne s'applique qu'aux dettes ayant pour objet *pecuniam creditam*, ce qui s'entend dans un sens large de toute dette qui est certaine au moment où elle a été contractée : cela exclut les dettes conditionnelles, mais non les dettes à terme. On ne connaît pas la sanction de la loi : le mot *vetat* employé par Gaius a donné lieu de penser que la loi est *imperfecta*. Cf. Lenel, *E. P.*, I, 247 ; *contra :* Karlowa, II, 736.

(6) Il supporte les conséquences de la demeure du débiteur (Paul, D., XLV, 1, 88), de la perte de la chose par le fait du débiteur (D., XLVI, 58, 1).

cier à l'abri des conséquences de l'inexécution de l'obligation. Il peut cependant opposer aux créanciers certaines exceptions qui auraient permis au débiteur de paralyser la demande; mais ce droit est subordonné à la condition qu'il ait un recours contre le débiteur (1), et encore la règle n'est-elle pas absolue : il y a des exceptions (de dol, de violence, du Sc. Velléien) qui lui sont toujours accordées; il en est d'autres (cession de biens, compétence) qui lui sont toujours refusées. La jurisprudence a réparti les exceptions en deux classes, suivant qu'elles peuvent être invoquées par le fidéjusseur (*rei cohærentes*) ou qu'elles sont personnelles au débiteur (*personæ cohærentes*) (2).

Le créancier non payé à l'échéance peut, si la solvabilité du débiteur est douteuse, agir contre le fidéjusseur (p. 742, 5). Il commettrait une imprudence en poursuivant d'abord le débiteur principal, car, s'il n'était pas payé, il ne pourrait plus se retourner contre la caution : c'est une conséquence de la règle qu'on ne peut intenter deux fois une action en raison de la même dette. Cette conséquence était contraire à l'équité; la jurisprudence imagina deux expédients pour l'écarter : 1° Avant de poursuivre le débiteur, le créancier se faisait donner mandat par le fidéjusseur d'agir à ses risques et périls. Le fidéjusseur y trouvait l'avantage d'être dispensé de faire l'avance des fonds si le débiteur était solvable, et, dans le cas contraire, de gagner du temps (3). 2° Le fidéjusseur promettait de payer ce que le créancier ne pouvait obtenir du débiteur (4). Ce procédé est plus simple et va droit au but : les interprètes lui donnent le nom de *fidejussio indemnitatis* (5).

4° *Recours du fidéjusseur.* — La loi Publilia avait créé, au profit du *sponsor*, l'action *depensi*, qui a survécu à la procédure des

(1) Paul, *eod.*, D., II, 14, 32 ; Jul., ap. Ulp., 23 ad Sab., D., XXXIV, 3, 5 pr.
(2) P. 718, 1. Paul, 3 ad Plaut., D., XLIV, 7, 7 pr., 1.
(3) Inst., III, 26, 2.
(4) Ulp., 46 ad Sab., D., XLVI, 1, 6, 1 : *Quanto minus a Titio debitore exegissem, tantum fidejubes.* La promesse *rem pupilli salvam fore* (p. 159, 2) produit un effet analogue (Alex., C., V, 57, 2).
(5) Cette fidéjussion diffère de la fidéjussion ordinaire : 1° en ce que le fidéjusseur n'est tenu que subsidiairement ; le créancier peut agir contre le fidéjusseur après avoir poursuivi judiciairement le débiteur. L'obligation garantie résulte non pas du contrat conclu entre le créancier et le débiteur, mais du contrat judiciaire formé entre les plaideurs (Cf. Paul, 5 Resp., D., XIX, 2, 54 pr. : *In quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes ? Vel ita : Indemnem me præstabis*). C'est pour cela que la *litis contestatio* engagée avec le débiteur ne libère pas le fidéjusseur (Cels., 6 Dig., D., XII, 1, 42 pr.) ; 2° le fidéjusseur ordinaire ne peut rien reprocher au créancier qui par sa faute ou même par sa négligence, a perdu ses actions et a laissé le débiteur devenir insolvable. Il n'en est pas de même du *fidejussor indemnitatis* (Mod., 13 Resp., D., XLVI, 1, 41 pr.); il a promis de garantir le créancier contre les conséquences d'une poursuite judiciaire infructueuse. Si le

actions de la loi (1); elle ne pouvait être invoquée par les autres *adpromissores*. Pour combler cette lacune, la jurisprudence définit le rapport de droit existant entre le débiteur et la caution : lorsque le fidéjusseur est intervenu à la demande du débiteur et pour lui rendre service, il est traité comme un mandataire (2) ; on lui donne l'action *mandati contraria* pour se faire rembourser. S'il est intervenu spontanément, on recherche s'il a eu une intention de libéralité et, dans ce cas, il est sans recours ; sinon, on le traite comme un gérant d'affaires, on lui donne l'action *negotiorum gestorum contraria* (3).

Le recours de la caution est, en général, subordonné à quatre conditions (4) : 1° qu'elle ait fait un déboursé (payement, délégation), tout au moins qu'elle ait été condamnée à payer (5); 2° que le débiteur ait été libéré par le fait de la caution; 3° que le payement ait eu lieu après l'échéance ; 4° que la caution ait averti le débiteur pour éviter qu'il ne paye à son tour (6).

Indépendamment des actions de mandat ou de gestion d'affaires, le fidéjusseur jouit du *bénéfice de cession d'actions* (7). Il peut forcer le créancier qu'il paye à lui céder ses actions contre le débiteur; il se fait mettre en son lieu et place et acquiert le droit d'invoquer les privilèges, gages, hypothèques qui garantissaient la créance (8). Il est dans une situation bien meilleure que s'il en était réduit à l'action *mandati*.

créancier s'est mis hors d'état d'exercer cette poursuite, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même du dommage qu'il va subir : *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (Pomp., 8 ad Q. Muc., D., L, 17, 203). — Il ne faut pas confondre la *fidejussio indemnitatis* avec la *promissio indemnitatis* par laquelle une personne promet à une autre de l'indemniser du préjudice que peut lui causer un certain acte : acceptation d'une hérédité, administration des biens d'un pupille à la place d'un tuteur (Afr., 7 Quæst., D., XVI, 1, 19 pr.; Paul, II, 11, 2; Phil., C., V, 46, 2; cf. Ulp., D., XLV, 1, 20). Le promettant ne s'oblige pas à côté du débiteur, comme une caution, mais à sa place.

(1) T. Ier, p. 703, 6. Cette action a conservé quelques privilèges : condamnation au double contre le débiteur qui nie sa dette; satisdation *judicatum solvi; vadimonium* d'une valeur égale à celle du litige (Gaius, IV, 186).

(2) Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 1, 6, 2. Sur l'action *in factum* qui paraît avoir été promise par l'Edit, voir t. Ier, p. 651. On était si favorable au recours de la caution que Marcellus et Ulpien lui donnent l'action utile de mandat lorsqu'elle a exigé une rémunération pécuniaire (*eod.*, 6, 7). D'autres lui donnaient un recours dans le cas où elle était intervenue malgré la défense du débiteur (Cf. Paul, *eod.*, 40).

(3) Paul, 11 ad Sab., *eod.*, 20, 1.

(4) La caution peut demander à être déchargée de son obligation si le débiteur retarde longtemps le payement ou dissipe son patrimoine (Marcel., *eod.*, 38, 1).

(5) Paul, 32 ad Ed., *eod.*, 26, 2 et 4; Marcel., *eod.*, 38, 1.

(6) Ulp., 23 ad Ed., D., XLVI, 1, 31; 7 Disp., D., XVII, 1, 29, 3.

(7) Ce bénéfice paraît avoir été d'abord admis au profit des cofidéjusseurs (Jul., 89 Dig., D., XLVI, 1, 17). Papinien l'accorde au fidéjusseur pour faciliter son recours contre le débiteur (1 Def., D., XXVII, 3, 21; 19 Resp., D., L, 13, 5 pr.).

(8) Sev., Car., C., VIII, 40, 2; Gord., *eod.*, 14. La caution peut invoquer

La concession de ce bénéfice est une des créations les plus heureuses de la jurisprudence classique (1) : il répond si bien aux besoins de la pratique qu'il a été conservé par le Code civil (a. 1249) sous le nom de *subrogation*. Pour l'obtenir, le fidéjusseur se laissera poursuivre en justice et alléguera que le créancier commet un dol en refusant de lui céder des actions qui sont inutiles, dès l'instant qu'on lui offre ce qui lui est dû. Si le dol est évident, le Préteur refusera au créancier toute action contre le fidéjusseur; s'il y a doute, il menacera le créancier d'insérer l'exception de dol dans la formule : le créancier court le risque, si le dol est prouvé, d'être débouté de sa demande et de perdre sa créance (2). — Mais, lorsque le créancier ne peut céder ses actions parce qu'il les a perdues, le fidéjusseur ne peut lui reprocher de ne pas les avoir conservées; d'avoir, par exemple, laissé éteindre une hypothèque par prescription, ou d'avoir, par sa négligence, laissé le débiteur devenir insolvable (3). Le créancier n'a rien promis au fidéjusseur : la seule chose qu'on puisse exiger de lui, c'est qu'il ne commette pas de dol. Le moyen imaginé par la jurisprudence n'est donc pas toujours efficace : il procure au fidéjusseur une exception; il ne lui confère pas un droit sanctionné par une action.

L'application du bénéfice de cession d'actions suppose que le payement fait par le fidéjusseur n'éteint pas les actions du créancier. Il y a là une contradiction que la jurisprudence a résolue à l'aide d'une fiction : au lieu de considérer le payement et la cession comme deux actes distincts, elle les a envisagés comme les deux éléments d'un seul et même acte juridique, d'une vente. Le payement est, en réalité, le prix d'achat de la créance : la

les *privilegia causæ*. (Pour les privilèges accordés en considération de la personne du débiteur, voir p. 543, 4.) Elle ne peut obtenir plus qu'elle n'aurait en exerçant l'action de mandat (Sev., Car., C., II, 21, 1).

(1) Au point de vue théorique, elle soulève de graves objections: dire que le fidéjusseur peut forcer le créancier à lui céder ses actions, est impossible : 1° parce que le contrat qui lie le fidéjusseur au créancier est un contrat unilatéral; le fidéjusseur ne peut forcer le créancier puisqu'il n'a aucun droit contre lui ; 2° pour obtenir la cession d'actions, le fidéjusseur doit payer le créancier ; or le payement est un mode d'extinction des obligations, donc il éteint le droit du créancier, et avec ce droit les actions qui le sanctionnent : le créancier ne peut céder des actions qui n'existent plus. Cette double objection a été écartée, non pas en faisant violence aux principes, mais en invoquant, pour en paralyser l'effet, soit une raison d'équité, soit une fiction (Pap., 8 Quæst., D., XXI, 2, 65 ; Ulp., 19 ad Ed., D., X, 2, 18, 5).

(2) Si le créancier alléguait un motif plausible pour refuser la cession (désaccord sur le chiffre de la dette), on ne pouvait attendre la solution du juge, car la *litis contestatio* aurait épuisé le droit du créancier. On faisait sans doute avant l'instance une cession subordonnée à la condition que le défendeur payerait la somme liquidée par le juge.

(3) Jul., D., XLVI, 1, 15, 1 ; Scæv., *eo l.*, 62 ; Diocl., C., VIII, 40, 25.

caution est censée avoir acheté la créance pour une somme égale à celle qui est due (1).

Pour jouir de ce bénéfice, deux conditions sont nécessaires (2) : 1° que le fidéjusseur en fasse la demande ; la subrogation à Rome est toujours conventionnelle (3) ; 2° que la demande soit faite en temps utile, lors du payement (4).

5° *Pluralité de fidéjusseurs.* — Deux questions sont à résoudre : elles ont trait aux droits du créancier contre les fidéjusseurs, aux rapports des cofidéjusseurs entre eux.

Les cofidéjusseurs sont obligés solidairement ; le créancier peut demander toute la dette à l'un quelconque d'entre eux. Ce droit exorbitant a été restreint par un rescrit d'Hadrien, qui accorde aux fidéjusseurs solvables le *bénéfice de division* (5). L'effet de ce bénéfice varie suivant les cas : *a*) Si le créancier reconnaît la solvabilité des cautions, le Préteur lui délivrera contre chacune d'elles une formule limitée à une part virile. *b*) S'il conteste la solvabilité, le fidéjusseur poursuivi pour le tout ne peut demander la division sans en prendre les risques à sa charge et sans fournir caution. *c*) Si le créancier n'accepte pas cette proposition, le Préteur lui donnera action pour le tout, mais en insérant dans la formule l'exception *si non et illi solvendo*

(1) Paul, 14 ad Plaut., D., XLVI, 1, 36 : *Non enim in solutum accepit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit.*

(2) D'après quelques auteurs, il faudrait en outre que le fidéjusseur ait un recours contre le débiteur principal. La question n'est pas résolue par les textes : elle concerne uniquement les rapports de la caution et du débiteur, et il semble que le créancier n'a pas qualité pour la soulever.

(3) Notre Code civil admet aussi la subrogation légale, a. 1251.

(4) Mod., 6 Resp., D., XLVI, 3, 76. Le payement fait sans réserve éteint les actions ; la cession ne peut avoir lieu. Paul (*l. c.*) n'est pas de cet avis : il permet d'exiger la cession même après le payement. Son opinion est la conséquence logique de la conception admise par la jurisprudence : puisque l'acte du fidéjusseur n'est pas interprété comme un payement, il devrait être indifférent que le fidéjusseur ait fait des réserves. Il est probable cependant que l'opinion contraire a prévalu, car Modestin est postérieur à Paul.

(5) Gaius, III, 121. Ce bénéfice n'a ni le même caractère ni les mêmes effets que celui de la loi Furia (t. Ier, 104, 4) : 1° la loi Furia oblige le créancier à diviser sa poursuite sous peine d'encourir la *manus injectio pro judicato* ; elle ne divise pas la dette de plein droit, comme on l'a cru avant la recension de Gaius par Studemund : le texte porte, non pas *in viriles partes obligantur*, mais *viriles partes hocabentur* (mot altéré pour *dare jubentur* ou *præstabunt*) ; la loi Furia est *minus quam perfecta :* elle n'annule pas la promesse *in solidum* des cautions. Le bénéfice d'Hadrien n'est accordé qu'aux fidéjusseurs qui en font la demande : s'ils négligent de s'en prévaloir, le créancier n'encourt aucune peine ; 2° d'après la loi Furia, la division a lieu entre les cautions vivantes à l'échéance ; d'après Hadrien, entre les cautions solvables et présentes (Ulp., D., XLVI, 1, 10 pr.) ; 3° la loi Furia ne s'applique qu'aux *sponsores* d'Italie ; le bénéfice d'Hadrien peut être invoqué dans les provinces. Le rescrit d'Hadrien était donc avantageux pour le créancier à qui il donnait une sûreté plus grande, au débiteur dont il augmentait le crédit, aux fidéjusseurs qu'il dispensait de faire l'avance pour leurs cofidéjusseurs.

sint, qui entraînera l'absolution du défendeur si elle est vérifiée (1). — Le bénéfice de division est refusé au fidéjusseur qui nie son engagement, au fidéjusseur d'un tuteur, à celui qui s'est porté fidéjusseur avec une femme (2).

Dans leurs rapports entre eux, les cofidéjusseurs sont considérés comme étrangers les uns aux autres : ils ne sont liés par aucun contrat. C'est à eux de se ménager un recours en s'associant; à défaut, ils n'ont que la ressource du bénéfice de cession d'actions, qui leur sera utile si le débiteur est insolvable et la créance bien garantie.

6° *Extinction de la fidéjussion.* — La fidéjussion, étant un contrat accessoire, s'éteint avec la dette principale, par voie de conséquence. Cette règle s'applique aux modes d'extinction *ipso jure;* les modes d'extinction *exceptionis ope* ne libèrent le fidéjusseur que si l'exception est *rei cohærens* (3). La fidéjussion s'éteint aussi lorsque le créancier renonce à son droit contre la caution, lorsque la caution devient l'héritier du débiteur principal ou réciproquement (4).

§ 2. *Mandatum pecuniæ credendæ.* — Ce mandat consiste à charger une personne de prêter de l'argent à autrui. C'est une variété du *mandatum credendi*, qui a pour but soit de déterminer une personne à contracter avec autrui, soit d'accorder à un débiteur un délai pour se libérer (5). Le mandant est, conformément au droit commun, obligé d'indemniser le mandataire des conséquences de l'exécution du mandat, spécialement du défaut de payement par l'emprunteur.

La validité de ce mandat n'a pas été admise sans difficulté : au temps de Cicéron, Servius objectait qu'un pareil mandat, n'ayant aucun intérêt pour le mandant, n'était qu'un simple conseil sans valeur juridique. Cette opinion rigoureuse fut écartée. D'après Sabinus, ce mandat implique chez le mandant la

(1) Paul, I, 20, 1 ; Ulp., *loc. cit.*; Paul, 25 ad l. Jul., D., XLVI, 1, 28.

(2) Ulp., *eod.*, 10, 1 ; Pap., 10, 12 Quæst., *eod.*, 48 pr. ; D., XLVI, 6, 12 : *Pupillo agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit, et ignorat omnia, beneficium dividendæ actionis injuriam habere visum est, ne ex una tutelæ causa plures ac variæ quæstiones apud diversos judices constituerentur.*

(3) P. 517; 718, 1. L'*in integrum restitutio*, accordée à un mineur de 25 ans, peut être invoquée par son fidéjusseur s'il a garanti le créancier contre le risque ordinaire de l'insolvabilité du débiteur, mais non contre le risque de la minorité (Ulp., D., IV, 4, 13 pr.).

(4) Jul., 47 Dig., D., XLVI, 1, 14. Julien (ap. Afr., 7 Quæst., D., XLVI, 3, 38, 5) fait une réserve pour le cas où l'obligation du fidéjusseur serait plus avantageuse au créancier parce qu'elle est garantie par une hypothèque (cf. Labbé, *Etude sur quelques difficultés*, p. 200), ou parce que la dette principale est une dette naturelle (Pap., 28 Quæst., *eod.*, 95, 3).

(5) Cels., ap. Ulp., 31 ad Ed., D., XVII, 1, 6, 4; Pap., *eod.*, 12, 14.

volonté de prendre à sa charge les risques de l'opération. Cette interprétation avait été admise dans deux cas assez analogues : le mandat d'accepter une succession ou une tutelle (1). Le mandat donné par un créancier héréditaire ou par un parent était obligatoire et sanctionné par l'action de mandat. On appliqua la même règle au mandat de prêter de l'argent toutes les fois que l'on put établir que le prêt n'aurait pas été consenti si le mandant n'avait pas entendu prendre les risques à sa charge (2). Il faut que l'intervention du mandant ait déterminé la conclusion du contrat (3).

L'obligation pour le mandant de garantir le mandataire contre le préjudice que pourra lui occasionner l'exécution du mandat, le place dans une situation analogue à celle d'un fidéjusseur; mais de nombreuses différences les séparent (4) : 1° Le *mandatum credendi* précède nécessairement la conclusion du contrat; la fidéjussion peut intervenir après la formation de l'obligation principale (5). — 2° Le *mandatum credendi* n'a pas le caractère d'un cautionnement tant qu'il n'est pas exécuté : le mandant peut révoquer son mandat; le mandataire peut renoncer à l'exécuter; la mort de l'un ou de l'autre en entraîne l'extinction. Rien de pareil dans la fidéjussion qui suppose une promesse ferme et irrévocable. — 3° Une fois exécuté, le mandat de prêter de l'argent diffère de la fidéjussion en ce que l'obligation du man-

(1) Jul., 8 ad Urs. Fer., D., XVII, 1, 32 ; Afr., 4 Quæst., D., XVI, 19, 2. Cf. Paul, II, 11, 2 ; Philip., C., V, 46, 2. Julien a généralisé cette application du mandat : *In summa quicumque contractus tales sunt, ut... eorum nomine fidejussor obligari posset, et mandati obligationem consistere puto : neque enim multo referre, præsens quis interrogatus fidejubeat an absens vel præsens mandet.* Cette extension de l'action de mandat au cas où le mandant n'a pas d'intérêt pécuniaire a été admise par son contemporain, le Proculien Celsus (*l. c.*).

(2) Gaius, III, 156. La volonté de s'obliger était souvent exprimée (Ulp., D., XVII, 1, 12, 13-14 : *Periculo meo crede. Bene credis;* Scaev., 60, 1).

(3) Ulp., *eod.*, 6, 5 : *Si non esses facturus, nisi ego mandassem, etsi mea non interfuit.* Aussi accorde-t-on difficilement au mandant l'*in integrum restitutio* lorsqu'il a fait prêter de l'argent à un mineur de 25 ans. (Ulp., D., IV, 4, 13 pr.). Il ne suffirait pas d'affirmer devant le futur créancier la solvabilité de l'emprunteur (Pomp., D., IV, 3, 7, 10) : *Non animo procuratoris intervenit* (Ulp., D., XVII, 1, 10, 7).

(4) Bien que le mandat se forme *solo consensu* et puisse avoir lieu entre absents, bien qu'il soit sanctionné par une action de bonne foi et donne lieu à des obligations réciproques, tandis que la fidéjussion résulte d'un contrat de droit strict et unilatéral, il faut se garder d'y voir un mode perfectionné de cautionnement. Les Romains n'ont pas considéré le mandat et la fidéjussion comme des actes équivalents. Celui, dit Scævola (D., XVII, 1, 62, 1), qui prié de se porter fidéjusseur, a donné mandat au créancier de prêter au tiers qui lui était désigné, celui-là a fait autre chose que ce dont il a été prié : il en est responsable vis-à-vis de son mandant.

(5) L'obligation peut donc se former sans la volonté et même contre la volonté du fidéjusseur. Marcellus en conclut que le maître qui s'est porté fidéjusseur de son esclave n'est pas tenu de l'action *quod jussu* (ap. Ulp., 29 ad Ed., D., XV, 4, 1, 5).

dant n'est pas accessoire : elle a une valeur propre. Donc : *a*) le mandant est responsable même si l'obligation qu'il m'a déterminé à contracter ne peut se former; *b*) le mandant peut être poursuivi avant le débiteur, pourvu que ce ne soit pas contraire à la bonne foi (1); *c*) les deux obligations étant fondées sur des causes distinctes, la poursuite dirigée contre l'un ne libère pas l'autre ; *d*) pour la même raison, le payement fait par le mandant ne libère pas le débiteur. Mais comme il ne serait pas juste que le créancier se fit payer deux fois, il devra céder au mandant l'action qu'il a contre le débiteur (2) : c'est une obligation qui s'impose à lui en vertu du contrat de mandat. La situation du *mandator credendi* est donc meilleure que celle du fidéjusseur : celui-ci, lié au créancier par un contrat unilatéral, ne peut obtenir la cession que par voie de rétention ; celui-là a un droit fondé sur un contrat synallagmatique et sanctionné par l'action *mandati contraria*. Si le créancier a perdu ses actions par sa faute ou par son fait, le mandant aura le droit de se plaindre et de refuser de payer, car le mandataire s'est engagé à ne faire que des actes de bonne foi (3).

Malgré ces différences entre le *mandatum credendi* et la fidéjussion, comme le but pratique que l'on se propose d'atteindre par le cautionnement peut être réalisé par le mandat, on a appliqué au mandat les règles générales édictées pour la fidéjussion (4), et les compilateurs du Digeste ont réuni dans un même titre les fidéjusseurs et les *mandatores* (5).

§ 3. *Pacte de constitut.* — Le constitut, lorsqu'il est fait par un tiers, produit un effet analogue à la fidéjussion. Il se forme *solo consensu* et n'exige pas la présence des parties. Il donne naissance à une obligation indépendante de l'obligation principale et dont l'efficacité n'est pas subordonnée au maintien de cette obligation (6).

De ces différences, il ne faut pas conclure que le constitut soit un moyen de crédit plus parfait que la fidéjussion. Les Romains ne l'ont pas envisagé ainsi : il a dû être fort peu usité, si l'on en

(1) Pap., 3 Resp., D., XVII, 1, 56 pr.
(2) Pap., 28 Quæst., D., XLVI, 3, 95, 10 ; 3 Quæst., ap. Ulp., D., XVII, 1, 28.
(3) Pap., *loc. cit.*, 95, 11. Cf. Pellat, *Textes choisis*, 290. L'art. 2037 a reproduit la règle romaine sur le *mandatum credendi*.
(4) Bénéfice de division (Just., C., IV, 18, 3).
(5) Le rapprochement fut d'autant plus facile que, sous Justinien, la forme du contrat verbal requise pour la fidéjussion était délaissée par la pratique : la fidéjussion se constatait par écrit (p. 835, 6 ; cf. 376, 5).
(6) Pomp., ap. Ulp., 27 ad Ed., D., XIII, 5, 11 pr. : constitut d'une dette héréditaire avant l'adition, de la dette d'un captif.

juge par le nombre très restreint des textes qui le concernent (1). Les cautions devaient être peu disposées à choisir un mode de garantie si dangereux, en raison de la *sponsio dimidiæ partis* : elles couraient le risque de payer la dette d'autrui et moitié en sus (p. 455).

Le pacte de constitut, le *mandatum credendi*, l'*adpromissio* avec ses trois variétés, tels sont les modes de garantie personnelle destinés à favoriser le crédit privé. Chacun de ces modes a ses caractères propres, sa fonction spéciale, et peut rendre des services à qui en fait un emploi judicieux. Cette multiplicité de moyens de garantie montre avec quelle souplesse la jurisprudence a su se plier aux exigences de la pratique. Elle n'a pas voulu cependant que les nouveaux modes de garantie fournissent un moyen d'éluder certaines dispositions fondamentales qui restreignaient l'usage de la fidéjussion. Tout en reconnaissant que le *mandatum credendi* et le constitut ne sont pas des modes de cautionnement proprement dits, comme en fait ils peuvent tendre au même but, elle les a fait rentrer dans une catégorie plus large, celle de l'*intercessio*.

II. Intercessio. — § 1er. *Notion de l'*intercessio. — L'*intercessio* est l'acte par lequel on prend à sa charge la dette d'autrui (2) sans y avoir intérêt (3). Elle se réalise soit en s'obligeant pour autrui, soit en donnant un gage ou une hypothèque pour sûreté de la dette d'autrui. Comme il y a bien des manières de s'obliger pour autrui, les auteurs modernes distinguent l'intercession cumulative et l'intercession privative. L'intercession est cumulative lorsqu'on s'oblige à côté du débiteur principal par une *adpromissio*, un *mandatum credendi*, un pacte de constitut, ou même lorsqu'on s'oblige solidairement avec lui (4). Dans tous ces cas, le créancier a deux débiteurs au lieu d'un. Il y a également intercession cumulative, lorsque l'on constitue une hypothèque pour autrui (5) : le créancier a deux actions, l'une personnelle, l'autre réelle. L'intercession est privative lorsqu'on s'oblige à la place du débiteur principal (*expromissio*), lorsqu'on défend en justice au nom d'autrui, ou que l'on fait pour lui un compromis (6) ; d'une manière générale, toutes les fois que l'on

(1) Jul., 11 Dig., D., XIII, 5, 2 ; Ulp., 27 ad Ed., *eod.*, 5, 2-3. Les autres textes relatifs en apparence à ce constitut, se rapportent en réalité au *receptum* des banquiers ; ils sont empruntés aux commentaires de l'Edit sur ce *receptum* (p. 459, 8).

(2) Pap., D., XVI, 1, 8, 1 : *Alienam obligationem recipere*. Ulp., *eod.*, 2, 5.

(3) Gaius, 9 ad Ed. prov., *eod.*, 13 pr. ; Pomp., ap. Paul, 6 Reg., *eod.*, 22.

(4) Jul., ap. Afr., 4 Quæst., *eod.*, 17, 2 ; Paul, 8 ad Plaut., *eod.*, 18.

(5) Jul., *eod.*, 17, 1 ; ap. Ulp., 8 pr. ; Pomp., 1 Sc., *eod.*, 32, 1.

(6) Ulp., *eod.*, 3, 2 ; Paul, *eod.*, 22. — Ulp., 2, 5 ; Paul, 3. — Paul, 13 ad Ed., D., IV, 8, 32, 2.

contracte à sa place, par exemple, lorsque j'emprunte de l'argent pour le prêter à un tiers qui n'ose pas s'adresser directement au prêteur.

Le plus souvent, celui qui s'oblige à côté ou à la place d'autrui, n'a aucun intérêt personnel : la conclusion d'un de ces actes fait présumer l'*intercessio;* mais cette présomption cède devant la preuve contraire, si par exemple j'ai cautionné un débiteur qui a emprunté de l'argent pour accomplir un acte dans mon intérêt. A l'inverse, l'intercession peut se dissimuler sous l'apparence d'un acte que l'on conclut pour son propre compte, par exemple lorsque j'emprunte de l'argent pour le remettre à un tiers qui n'a pas de crédit (1).

§ 2. *Incapacités d'intercéder.* — Si la jurisprudence a déterminé avec soin les actes qui constituent une intercession, c'est qu'il y a certaines personnes à qui il est défendu d'intercéder : les esclaves et les femmes (2). Cette prohibition résulte pour les esclaves des principes généraux du droit, pour les femmes du Sc. Velléien. Elle a vraisemblablement existé dans les mœurs avant d'être consacrée par le droit. Le Sc. Velléien dit, en effet, que l'intercession est un office viril, donc un office qu'un homme libre seul est en mesure de rendre. Tel était le caractère du cautionnement à l'époque antique : c'est un service qu'on demandait aux membres de sa tribu, aux grands personnages, aux hommes politiques; c'était une garantie de l'honorabilité du débiteur (3). Lorsqu'après la création de la fidéjussion, le cautionnement devint surtout un engagement pécuniaire, on eut à décider si les esclaves ou les femmes pourraient garantir la dette d'autrui.

1° *Les esclaves.* — La question fut résolue pour l'esclave par application des principes généraux : il ne peut obliger son maître en contractant avec autrui; il est donc incapable d'intercéder. Cette incapacité subsiste-t-elle s'il est administrateur d'un pécule? Les Sabiniens distinguent suivant que l'esclave s'est obligé dans l'intérêt du pécule ou dans l'intérêt d'autrui : l'obli-

(1) Jul., ap. Ulp., 23 ad Sab., XXXIV, 3, 5 pr., 1; Paul, D., XVI, 1, 29.

(2) Les militaires, depuis le III[e] siècle, et les décurions au Bas-Empire sont frappés d'une incapacité partielle d'intercéder : il est interdit aux militaires pour une raison d'utilité publique de défendre en justice au nom d'autrui (Alex., C., II, 12, 7), aux militaires et aux décurions de se porter cautions d'un fermier (Leo, C., IV, 65, 30 et 31).

(3) Voir notre article intercessio (*Dict. des Antiq.*, V, 554). C'est dans un sens tout différent et, croyons-nous, inexact que P. Gide (*Etude sur la condition privée de la femme*, 154) a interprété l'*officium virile* dont parle le Sc. Velléien. Le Sénat n'a pas entendu accroître la liste des *officia virilia ;* il a voulu maintenir un usage antérieur en le justifiant par une idée nouvelle.

gation, valable dans le premier cas, ne l'est pas dans le second, car l'intercession suppose qu'on intervient pour autrui sans y avoir intérêt. C'est l'opinion qui a prévalu (1).

2° *Les femmes.* — L'incapacité des femmes n'eut d'abord qu'une portée restreinte : un édit d'Auguste leur défend d'intercéder pour leurs maris. Cet édit se rattache aux dispositions destinées à assurer aux femmes la restitution de leur dot (p. 106). On n'a pas voulu qu'une partie de la fortune de la femme restât entre les mains des créanciers du mari. On a craint que la femme n'eût la faiblesse de contracter un engagement dont elle n'apercevrait pas les conséquences. C'est une idée nouvelle qui se fait jour, une idée de protection. Cette protection était nécessaire à une époque où la tutelle des femmes était illusoire; elle le fut plus encore lorsque la loi eut supprimé la tutelle légitime des agnats (p. 160). Claude ne manqua pas de confirmer l'édit d'Auguste.

§ 3. *Le Sénatusconsulte Velléien.* — S'inspirant de la même idée, le Sénat étendit la défense d'intercéder à toutes les femmes : il leur fut interdit de se porter caution ou d'emprunter pour autrui (2). Tels sont les deux actes visés par le Sc. appelé Velléien, du nom de l'un des consuls qui l'ont proposé en 46. La jurisprudence généralisa cette règle et, conformément à l'esprit de la loi, interdit aux femmes d'intercéder pour autrui (p. 18, 7).

1° *Application du Sénatusconsulte.* — La prohibition est absolue, et, dans l'opinion dominante au IIIe siècle, s'applique même au cas où la femme a intercédé pour autrui sans le savoir (3). C'est bien la preuve que la protection, accordée à la femme, est considérée comme étant d'ordre public : la femme ne peut renoncer à s'en prévaloir (4). Il y a cependant quelques cas où le Sc. est inapplicable : 1° lorsque la femme a profité du prêt consenti au débiteur; 2° lorsqu'elle a commis un dol; 3° lorsqu'elle s'est fait payer son intervention; 4° lorsqu'elle a reçu du débiteur principal l'argent nécessaire au payement de la dette; 5° lorsqu'elle a intercédé pour doter sa fille ou pour défendre

(1) SAB., CASS., ap. ULP., D., XV, 1, 3, 9. L'incapacité d'intercéder n'a pas été étendue au fils de famille : on a pensé qu'il avait un intérêt personnel à la conservation du pécule qui doit un jour lui revenir, tandis que l'esclave n'est pas sûr que son maître le lui laissera.

(2) Le texte du Sc. a été conservé par Ulpien (D., XVI, 1, 2, 1).

(3) PAUL, *h. t.*, 23. Au IIe siècle, Marcellus était d'un avis différent ; suivant lui, l'intercession se reconnaît non pas à la nature de l'acte, mais à l'intention des parties : *ut ab initio mulier in alterius locum subdatur.*

(4) On a allégué en sens contraire Pomponius (*h. t.*, 32, 4). Mais il s'agit ici d'une renonciation faite en justice : on n'a pas à redouter que la femme ne soit pas éclairée sur les conséquences de son acte. Voir un cas de renonciation tacite, p. 716, 1.

son mari malade ou absent; 6° lorsque le créancier est un mineur de vingt-cinq ans et qu'il ne peut se faire payer par le débiteur principal (1); 7° si le créancier a ignoré que la femme faisait acte d'intercession (2).

Sauf ces exceptions, il est défendu à la femme de s'obliger pour autrui, mais elle conserve le droit d'aliéner. Elle peut payer la dette d'autrui, faire une dation en payement, une délégation. La distinction faite entre l'aliénation et l'obligation est facile à justifier : l'aliénation entraîne un appauvrissement immédiat; la femme ne saurait se méprendre sur la portée de cet acte (3). Il est plus facile, dit Ulpien, d'obtenir de la femme une promesse qu'une donation (4). La promesse n'engage que l'avenir : la femme peut se faire illusion, croire que le débiteur sera en mesure de payer à l'échéance et qu'elle n'aura rien à débourser.

2° *Sanction.* — L'*intercessio* faite par la femme, contrairement au Sc. Velléien, n'est pas nulle de plein droit. Le Sénat s'est contenté d'inviter les magistrats à faire respecter son avis (p. 32, 8). Si la contravention est manifeste, le magistrat refusera au créancier toute action contre la femme (5); s'il y a doute, il insérera dans la formule une exception pour autoriser le juge à rechercher s'il y a eu contravention (6). Cette exception, qui n'est qu'une application spéciale de l'exception promise par l'édit *si quis contra legem Scumve factum esse dicetur,* porte le nom d'excep-

(1) 1° Ulp., *eod.*, 2, 3 : *Deceptis, non decipientibus opitulatur;* 2° Callistr., *eod.*, 21 pr. : *Quia non fit pauperior;* 3° C. IV, 29, 23, où Justinien supprime la distinction entre le cas où la femme s'est fait payer avant ou après l'intercession; 4° Jul., 4 ad Urs. Fer., *eod.*, 16 pr.; 5° C., IV, 29, 12; 6° Paul, D., III, 3, 41; Gaius, D., IV, 4, 12.

(2) Paul, *h. t.*, 11 : *Alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest quid acturæ sint.* La question se pose lorsque l'acte ne se présente pas ouvertement comme une intercession, lorsqu'il est déguisé sous l'apparence d'une obligation principale : on recherchera si le créancier a connu ou ignoré les circonstances qui faisaient de cet acte une intercession.

(3) Gaius, 9 ad Ed. prov., *h. t.*, 5. Deux textes donnent lieu de penser que la femme conservait le droit d'invoquer le Sc. tant que l'aliénation n'était pas entièrement consommée. Si elle a vendu et livré une *res mancipi*, elle pourra, tant que l'usucapion ne sera pas achevée, revendiquer la chose, et à l'exception *rei venditæ et traditæ*, elle répondra par une réplique fondée sur le Sc. (Pomp., *h. t.*, 32, 2). De même elle pourra revendiquer un fonds de terre donné en gage et vendu par le créancier (Jul., ap. Ulp., 17 ad Ed., D., VI, 1, 39, 1). Cf. Labbé, sur Machelard, *Dissertations*, p. 38.

(4) D., XVI, 1, 4, 1 : *Facilius se mulier obligat, quam alicui donat;* Callistr., *eod.*, 21, 1. Si la femme intercède *donandi animo*, le Sc. est-il applicable? La question est discutée : elle doit, croyons-nous, être résolue affirmativement, car les textes ne font aucune distinction entre les femmes qui s'obligent.

(5) Ulp., 2, 1 : *Ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur.*

(6) Mod., *h. t.*, 25, 1; Paul, D., XLIV, 1, 7, 1.

tion *Scti Velleiani* ou *intercessionis*. Elle peut être invoquée par la femme et par ses cautions, alors même qu'elles seraient intervenues *animo donandi* (1). Si la femme a négligé de s'en prévaloir, elle peut encore l'opposer à l'action *judicati* pour échapper à l'exécution du jugement (2). Cette exception, lorsqu'elle est reconnue bien fondée, entraîne l'absolution de la femme, sans laisser subsister une obligation naturelle (3). C'est une différence avec l'exception du Sc. Macédonien (p. 389, 8).

La femme une fois mise hors de cause, quelle est la situation du créancier? *a*) Si l'intercession est cumulative, il conserve son droit contre le débiteur principal. *b*) Si elle est privative, l'équité veut qu'on restitue au créancier comme action utile l'action qu'il avait contre son ancien débiteur. L'action qui lui est donnée est appelée *restitutoria* ou *rescissoria* (4). *c*) Si l'intercession a été déguisée sous l'apparence d'une obligation nouvelle contractée par la femme, le créancier obtiendra une action contre le tiers pour lequel la femme s'est obligée, comme s'il avait traité avec lui (5).

CHAPITRE XIII

Inexécution des obligations.

Tout débiteur est tenu d'exécuter son obligation sous peine d'avoir à payer des dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts sont conventionnels ou judiciaires, suivant qu'ils ont été fixés à l'avance en la forme d'une stipulation de peine, ou qu'ils sont déterminés après coup par le juge. Ils sont dus même, si la prestation est devenue impossible par la faute ou après la demeure du débiteur.

I. Stipulation de peine. — La stipulation de peine eut, dans le principe, pour objet de punir le débiteur qui n'exécutait pas son obligation (I, 674). Elle remonte à une époque où les idées de peine et d'indemnité étaient confondues, où le débiteur qui ne payait pas sa dette était considéré comme un délinquant. Elle était nécessaire pour donner une valeur juridique aux obliga-

(1) C'est l'opinion de Julien qui a prévalu contre celle de Cassius (*h. t.*, 16, 1).
(2) Jul., ap. Ulp., 29 ad Ed., D., XIV, 6, 11. Cf. p. 716, 1.
(3) Jul., *h. t.*, 16, 1 : *Totam obligationem senatus improbat.* Si la femme a payé par erreur, elle peut exercer la *condictio indebiti* (Marc., D., XII, 6, 40 pr.).
(4) Jul., Marcel., ap. Ulp., *h. t.*, 8, 12; 8, 9; C., IV, 29, 16.
(5) Ulp., *h. t.*, 8, 14-15. Les auteurs modernes appellent *institutoria* cette action *quæ instituit magis quam restituit obligationem* (cf. Lenel, *E. P.*, I, 334).

tions qui avaient pour objet autre chose que de l'argent. Lorsque ces obligations furent sanctionnées par la *condictio triticaria* ou par l'action *ex stipulatu*, la stipulation de peine resta usitée. Elle offrait plusieurs avantages : 1° en cas d'inexécution, elle dispense de prouver le montant de l'intérêt; 2° elle écarte l'arbitraire du juge; 3° elle fournit un moyen d'obtenir plus que la valeur du préjudice; 4° elle est sanctionnée par l'action *certæ pecuniæ* avec ses conséquences (p. 377, 2); 5° elle sert à valider indirectement des conventions qui, par elles-mêmes, n'ont pas force obligatoire (p. 332), sans être illicites ou immorales; 6° elle sert à faire un compromis (p. 886).

La stipulation de peine se présente sous deux formes : tantôt c'est une stipulation isolée, tantôt elle se rattache à une obligation principale. Je puis stipuler une peine pour le cas où l'objet promis ne serait pas fourni : *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?* C'était la forme normale à l'époque antique. Je puis aussi stipuler directement un objet, puis une peine pour le cas où l'objet ne serait pas livré : *Pamphilum dare spondes? Si non dederis, centum dare spondes?* Cette seconde forme est devenue possible lorsqu'on eut sanctionné les obligations ayant pour objet autre chose que de l'argent. Dans le premier cas, il n'y a qu'une créance conditionnelle; dans le second, il y a deux créances : l'une pure et simple, l'autre conditionnelle, accessoire, ayant pour but d'assurer l'exécution de la stipulation principale (1).

La stipulation de peine accessoire soulève deux questions : à quel moment la peine est-elle encourue? Peut-on cumuler le bénéfice de l'obligation principale et de la peine? 1° Rigoureusement, la peine est encourue lorsque le contrat n'est pas exécuté : c'est la conséquence du caractère conditionnel de la stipulation de peine. Donc : *a*) si l'on a promis de ne pas faire, la peine sera due dès l'instant de la contravention; *b*) si l'on a promis de faire une chose dans un certain délai, la peine sera due à l'expiration du délai (2), sans mise en demeure; *c*) en cas d'ac-

(1) Pap., 2 Quæst., D., XLV, 1, 115, 2. Dans la stipulation de peine isolée, l'objet dû, c'est la peine; Pamphile est *in facultate solutionis*. Dans la stipulation accessoire, l'objet dû, c'est l'esclave. Si, dans le premier cas, la peine consiste à livrer une chose hors du commerce, l'obligation est nulle; dans le second cas, la convention principale reste valable (Cels., 26 Dig., *eod.*, 97 pr.). Papinien (*loc. cit.*) signale une autre différence quant au moment où la peine est encourue : dans le premier cas, il décide avec Sabinus que la peine sera due lorsque la chose promise ne pourra plus être donnée. Suivant Pegasus, la peine est encourue dans tous les cas dès que la chose pouvant être donnée ne l'a pas été. Papinien prévoit d'ailleurs une promesse de peine sans indication de délai; s'il y avait eu un délai et que l'objet eut péri avant l'échéance, le débiteur serait libéré.

(2) Jul., ap. Afr., 7 Quæst., D., XLIV, 7, 23. S'il n'y a pas de délai fixé, Paul (6 ad l. Jul., D., XXXVI, 2, 24) exige une interpellation.

complissement partiel de l'obligation, la peine n'en sera pas moins due pour le tout : la condition est indivisible. On n'a pas été plus loin : c'eût été méconnaître la règle que, pour savoir si une condition est accomplie, il faut consulter l'intention des parties. Si donc l'inexécution tient à une cause indépendante du débiteur, la peine ne sera pas due (1). 2° En principe, le cumul n'est pas admis : à moins de convention contraire, la stipulation de peine est faite pour le cas d'inexécution et non de retard (2) ; elle produit un effet novatoire (3). On a cependant admis un tempérament d'équité : on permet au créancier d'opter entre les deux actions, et s'il a d'abord exercé la moins avantageuse, d'intenter l'autre pour le surplus (4). La stipulation de peine n'a plus ici son caractère primitif : l'idée de peine est remplacée par celle de réparation du préjudice.

La question de cumul ne peut se poser pour la stipulation de peine principale, puisqu'il n'y a qu'une seule créance. La seule question à résoudre, est celle de savoir quand la peine est encourue. On a ici déduit strictement la conséquence du caractère conditionnel de la stipulation ; on ne tient aucun compte des cas fortuits qui ont pu empêcher le débiteur d'accomplir le fait posé en condition. La stipulation de peine est une sorte d'assurance contre les cas fortuits. Est-ce à dire qu'on n'ait pas fini par tenir compte de l'intention des parties? Bien que la question soit discutée, cela nous semble résulter d'une réponse de Papinien (5).

II. Dommages-intérêts judiciaires. — Les Romains ont appliqué deux systèmes différents correspondant à des périodes du droit différentes. A l'origine, le préjudice est évalué à forfait par la loi ; le montant en est fixé à un chiffre déterminé, à une quotité ou à un multiple de ce chiffre. Plus tard, on laisse au juge le soin de fixer dans chaque cas particulier le chiffre de la réparation : c'est le système de l'évaluation concrète substitué au système de l'évaluation abstraite. Ce système, qui donne plus complètement satisfaction à l'équité, a été largement développé

(1) Si l'esclave promis sous une peine est mort au moment du contrat, le débiteur ne doit rien (Ulp., D., XLV, 1, 69). Mais la mort du débiteur n'empêche pas la peine d'être encourue si l'échéance arrive avant l'adition (Paul, *eod.*, 77). — On trouve la trace d'une doctrine plus rigoureuse dans D., IX, 2, 22 pr. Paul accorde l'action de la loi Aquilia au débiteur d'un esclave promis sous une peine et tué par un tiers ; il la refuse en l'absence d'une peine ; donc le débiteur libéré dans le second cas, ne l'est pas dans le premier. La question était controversée (D. IV, 3, 18, 5 ; IV, 8, 21, 9).

(2) Il en est autrement pour les dettes d'argent, mais la peine ne peut excéder le taux légal de l'intérêt (Pap., 11 Resp., D., XXII, 1, 9 pr.).

(3) Paul, 74 ad Ed., D., XLIV, 1, 46 : *Quasi novatio*. Cf. Herm., D., II, 15, 56.

(4) Jul., D., XIX, 1, 28 ; Ulp., D., XVII, 2, 41 ; 42. Cf. Alf., *eod.*, 71 pr.

(5) P. 560, 1 : *Ex sententia contrahentium*. Cf. Labbé, sur *Ortolan*, III, 808.

à l'époque classique, sans que le premier ait été entièrement abandonné (1). Ici, comme en bien d'autres cas, le droit romain s'est montré novateur circonspect : il n'a pas voulu supprimer un système qui avait rendu des services et qui pouvait encore présenter quelques avantages.

Le système nouveau est très complexe; il suppose résolues bon nombre de questions délicates. Sans nous arrêter en ce moment aux questions de responsabilité de l'inexécution en cas de dol, de faute ou de demeure, nous rechercherons : 1° la nature du préjudice dont le juge doit tenir compte; 2° les règles à suivre pour mesurer l'étendue, ou 3° pour faire l'estimation du préjudice.

§ 1er. *Nature du préjudice.* — Le préjudice doit être réel : il consiste ordinairement en une atteinte portée au patrimoine du créancier, en un dommage pécuniaire (2). Il peut aussi consister en une atteinte portée à des biens qui ne comptent pas dans le patrimoine, mais qui sont la source de certains avantages pécuniaires : par exemple l'honorabilité d'une personne, car c'est la condition première du crédit; l'intégrité du corps, car elle est indispensable à l'ouvrier pour louer ses services (3). Parfois le préjudice est indirect (4) : il résulte soit d'une perte qu'on a faite (5), soit d'un gain dont on a été privé (p. 564, 3).

§ 2. *Etendue du préjudice.* — L'étendue du préjudice s'apprécie en principe d'après la valeur de la chose dont on a été privé. Comme les économistes modernes, les jurisconsultes classiques apprécient la valeur des choses à un double point de vue : quant à leur utilité et quant à leur puissance d'acquisition.

La valeur d'une chose dépend tout d'abord des services qu'elle peut nous rendre, du besoin que nous en avons : c'est en cela que consiste leur utilité (*quod* ou *quanti interest*). La valeur ainsi entendue est essentiellement subjective : elle varie suivant les

(1) On l'a conservé pour la *condictio triticaria* (Cass., ap. Gaium, D., XIII, 3, 4; Marcel., *eod.*, 3), l'action rédhibitoire (p. 414, 4), l'action *quod metus causa* (p. 482, 2), l'action *furti* (I, 349), l'action donnée en vertu de certaines stipulations prétoriennes (Ariston, ap. Paul, D., XXXIX, 2, 18, 10).

(2) Ulp., 44 ad Ed., D., XXXVIII, 5, 1, 15 : *Damnum pecuniarium.*

(3) Sev., Car., C., V, 47, 1 : *Damnum existimationis.* Gaius, 6 ad Ed. prov., D., IX, 3, 7. Cf. Scæv., 17 Dig., D., XXXII, 35 pr. Ne sont pas susceptibles d'estimation : la liberté (Paul, D., L, 17, 176), la puissance paternelle (Marc., D., XXX, 114, 8), même les droits de patronat (Ulp., D., L, 17, 126), la vie d'un homme libre (Ulp., D., IX, 3, 1, 5).

(4) Jul., ap. Marc., 4 Reg., D., XVIII, 1, 45 : *Damnum quod ex eo contingit.*

(5) Exemples : j'encours une peine pour n'avoir pas livré une chose qui m'avait été promise (Cels., D., XLVII, 2, 67, 1) ; une maison s'écroule parce qu'on avait livré des poutres de mauvaise qualité (Jul., ap. Ulp., D., XIX, 1, 13 pr.).

individus (1). La valeur a ensuite une notion objective : si l'on considère les choses comme des instruments d'échange, leur valeur réside dans le prix que l'on peut en obtenir. C'est le prix sur le marché (*pretium rei, verum pretium, quanti res est*). Ce prix varie suivant la loi de l'offre et de la demande (2), suivant les lieux et les époques (3).

§ 3. *Estimation du préjudice.* — Sous le système de procédure formulaire, tout dommage causé au patrimoine, toute condamnation donne lieu à une estimation pécuniaire. Cette estimation est faite en général d'après la valeur subjective de la chose : on tient compte de l'intérêt que la chose peut avoir pour le demandeur (4), même d'un intérêt d'affection (5), bien que cet intérêt ne soit pas directement appréciable en argent. On tient compte aussi des conséquences que le dommage peut causer dans l'avenir (6). On augmente ainsi dans la plupart des cas (7) la valeur vénale, ou l'on donne une valeur à une chose qui n'a pas de prix. Rien de pareil dans l'estimation de la valeur objective; on la considère comme si peu favorable à la partie lésée que, dans certains cas, à titre de peine, on élève la responsabilité en obligeant le débiteur à payer le *quanti interest* (8).

La valeur de la chose s'apprécie au jour de la *litis contestatio* dans les actions de droit strict, au jour du jugement dans les actions de bonne foi (9). On y ajoute la valeur des fruits depuis la naissance de l'obligation, soit dans les actions de bonne foi, soit dans celles qui tendent à la restitution d'une chose qui nous a appartenu (10).

(1) Lorsqu'une action est intentée par un mandataire, il faut estimer la valeur de la chose pour le maître et non pour le *procurator* (Ner., D., II, 11, 14).

(2) Ped., ap. Paul, 2 ad Plaut., D., IX, 2, 33 pr. : *Pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi.*

(3) Paul, 2 ad l. Jul., D., XXXV, 2, 63, 2 : *Nec enim tantidem Romæ et in Hispania oleum æstimabitur, nec continuis sterilitatibus, quanti secundis fructibus.*

(4) Un esclave, institué héritier, a une valeur bien supérieure à sa valeur vénale (Pomp., ap. Paul, 17 ad Ed., D., XLIII, 16, 6). Il en sera souvent de même d'une terre contiguë à la mienne (Ter. Clem., 13 ad l. Jul., D., XXXI, 54).

(5) Ped., *loc. cit. : Filium naturalem... plurimo, si alius possideret, redemturus fuit.* Jav., 8 Ep., D., XXXVIII, 2, 36.

(6) Le bailleur qui empêche le colon de jouir doit l'indemniser de la perte qu'il subit pour toute la durée du bail (Paul, 34 ad Ed., D., XIX, 2, 24, 4).

(7) L'intérêt du demandeur peut être inférieur à la valeur vénale (Ner., ap. Ulp., 24 ad Ed., D.. X, 4, 9, 8).

(8) Pour la *condictio furtiva* (p. 473, 1. Jul., ap. Paul, D., XIII, 1, 3), l'action *rerum amotarum* (p. 113, 1. Paul, D., XXV, 2, 21, 4). l'action donnée en vertu d'un legs *per damnationem* après mise en demeure de l'héritier (Jul., ap. Afr., D., VII, 1, 36, 2), l'action *de eo quod certo loco* (Jav., D., XVI, 2, 15).

(9) P. 372, 3 ; 738, 3. Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 6, 3, 2.

(10) Paul, 6 ad Plaut., D., XXII, 1, 38, 7 et 15. La règle s'applique à l'action Paulienne (*eod.*, 4), mais non à l'interdit fraudatoire où l'on ne restitue que les fruits

La règle de l'estimation subjective a été écartée dans certains cas où elle eût conduit à un résultat inique : 1° on ne tient compte de l'intérêt d'affection ni dans l'action de la loi Aquilia, ni dans les actions données au patron pour attaquer les actes faits par l'affranchi en fraude de ses droits (1) ; 2° dans les actions de bonne foi (*empti*, *pro socio*) qui tendent au payement d'une somme d'argent (2) ; 3° on ne tient compte ni du préjudice qui n'est pas la conséquence du fait dommageable (tel serait le bénéfice qu'un acheteur aurait pu faire en revendant la marchandise (3), ni des dépenses de luxe faites sur la chose (4) ; 4° on doit compenser la perte avec le bénéfice que le demandeur a pu faire à l'occasion de la chose (5).

III. Faute contractuelle. — La responsabilité du débiteur varie suivant que son obligation est sanctionnée par une action de droit strict, de bonne foi ou *in factum*.

§ 1er. *Actions de droit strict.* — Anciennement, celui qui était tenu de restituer un corps certain, comme le défendeur à la revendication, était responsable même des cas fortuits (I, 411). Cette règle ne fut pas appliquée à la stipulation, mais les *Veteres* admirent que l'obligation serait perpétuée par la *culpa* du débiteur (6). La *culpa* doit s'entendre ici du fait actif, car on n'a pas à rechercher si le débiteur a agi en connaissance de cause. Donc le débiteur qui a promis un corps certain est tenu de l'inexécution provenant de son fait actif : il ne répond ni des cas fortuits, ni de sa négligence. Eût-il laissé mourir faute de soins l'esclave promis, il n'en est pas moins libéré. Cette règle s'applique également aux débiteurs tenus d'une *condictio*, en raison d'un enrichissement sans cause (7). Elle a été maintenue par le droit classique : on en a toutefois discuté l'exactitude dans le cas où le débiteur aurait ignoré sa dette.

§ 2. *Actions de bonne foi.* — Dans les contrats de bonne foi, on suit une règle différente : le débiteur n'est responsable de

pendants lors de l'aliénation, et les fruits perçus depuis la *litis contestatio*, à l'exclusion des fruits intérimaires qui n'ont jamais été *in bonis* du débiteur. Les textes, cités p. 488, 7, ne sauraient contenir des solutions divergentes, comme on l'a cru autrefois : ils sont tous deux relatifs à l'interdit (Lenel, II, 853; 1214).

(1) Paul, D., IX, 2, 33 pr. ; Ulp., D., XXXVIII, 5, 1, 15. Cf. p. 610, 7.

(2) Lab., ap. Pomp., D., XVII, 2, 60 pr. ; Herm., D., XVIII, 6, 19.

(3) Paul, 33 ad Ed., D., XIX, 1, 21, 3; Ulp., D., XIII, 4, 2, 8.

(4) Proc., 2 Ep., D., VIII, 2, 13, 1 : *Non pluris quam vulgaria tectoria æstimari debent.* Cf. Jul., ap. Paul, D., XIX, 1, 43, en cas d'éviction.

(5) Pomp., 21 ad Q. Muc., D., III, 5, 11.

(6) Paul, 17 ad Plaut., D., XLV, 1, 91, 3 : *Veteres constituerunt, quoties culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem.* Jul., ap. Paul, *eod.*, 91, 2.

(7) Paul, 17 ad Plaut., D., XII, 6, 65, 8 ; D., XXXIX, 6, 39. Par exception, celui qui est tenu de l'action *ad exhibendum* est responsable de son dol (p. 259, 2).

son fait actif que s'il y a dol; mais, d'autre part, il est souvent tenu de sa négligence. C'est l'idée de faute qui s'introduit dans le droit privé. Elle apparaît à la fin de la République; elle a sans doute pénétré dans le droit civil sous l'influence des usages qui avaient cours devant les tribunaux criminels : au lieu de considérer uniquement le fait matériel, on recherche l'intention (1).

Avant d'exposer la théorie élaborée par la jurisprudence, deux observations sont nécessaires : 1° cette théorie ne s'applique qu'aux obligations qui ont pour objet un fait ou la dation d'un corps certain; 2° elle n'a rien d'absolu : les parties sont libres de la modifier, sous la réserve toutefois qu'on ne peut exonérer le débiteur de la responsabilité de son dol (2).

D'après la définition de Q. Mucius, le débiteur est en faute lorsqu'il ne s'est pas comporté en homme diligent. La conduite du débiteur est appréciée d'après un type abstrait : celui du bon père de famille. C'est le mode d'appréciation déjà consacré par l'usage des arbitres (3). Si l'exécution de l'obligation comporte la connaissance d'un art, on considère comme en faute le débiteur qui a fait preuve d'inexpérience (4).

Dans les contrats de bonne foi, le débiteur est tenu de son dol et de sa faute, ou seulement de son dol. La règle à suivre pour savoir quels débiteurs doivent être rangés dans l'une ou l'autre classe, a été formulée d'une manière différente, suivant les époques. Au début, le débiteur était tenu de son dol et de sa faute lorsque le contrat était dans l'intérêt des deux parties; il ne répondait que de son dol si le contrat était dans l'intérêt de l'une d'elles (5). L'application de cette règle souleva quelques difficultés pour le commodat : par lui-même, il ne confère aucun avantage au commodant; mais comme il n'avait lieu anciennement qu'entre personnes habituées à se rendre des services réciproques (I, 633, 2), on pouvait le considérer comme étant dans l'intérêt des deux parties. Telle était la manière de voir soutenue par Q. Mucius, alors que le commodat donnait lieu à un *arbi-*

(1) Cic., *De inv.*, II, 33 : *Uti suum animum, non eventum considerant*; Hadr., ap. Callist., D., XLVIII, 8, 14: *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus.*

(2) Cels., ap. Ulp., 29 ad Sab., D., L, 17, 23.

(3) T. Ier, 666; 692, 2. Paul, 10 ad Sab., D., IX, 2, 31 : *Mucius dixit... culpam esse, quod cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum.* Cf. la réponse d'un ancien jc. citée par Alf., 2 Dig., D., VIII, 6, 11.

(4) Proc., ap. Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 2, 7, 8; Gaius, 7 ad Ed. prov., D., L, 17, 132 : *Imperitia culpæ adnumeratur.*

(5) Alf., 5 Dig. ep., D., XIX, 2, 31 : *In re, quæ utriusque causa contraheretur, culpam deberi*; Jul., ap. Afr., 5 Quæst., D., XXX, 108, 12 : *Si utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo præstatur*; Inst., III, 14, 4.

trium (1); elle fut maintenue quand il fut rangé parmi les contrats de bonne foi (2). Mais, pour donner satisfaction à ceux qui voyaient dans le commodat un contrat dans l'intérêt exclusif du commodataire, on modifia la formule de la règle. Désormais, dans les contrats de bonne foi, le débiteur répond de son dol et de sa faute, ou seulement de son dol, suivant qu'il a ou non intérêt au contrat (p. 395, 3).

Répondent de leur dol et de leur faute : le vendeur (3), l'acheteur (4), le locateur, le locataire (5), le mandant (6), le créancier gagiste, le débiteur qui a donné sa chose en gage (7), le déposant, le commodataire (p. 395, 3; 392, 3).

Répondent seulement de leur dol : le dépositaire et le commodant (8). Il devrait en être de même du mandataire, mais cette conséquence, indiquée dans quelques textes, a été écartée. On a considéré que celui qui se chargeait des affaires d'autrui n'avait pas le droit de les négliger, bien qu'il n'eût aucun intérêt (9); sa conduite serait en contradiction avec l'engagement qu'il a contracté. Singulière façon de rendre service à autrui que de ne prendre aucun soin de ses affaires (10)!

La règle générale sur la responsabilité contractuelle a reçu une triple modification : la responsabilité a été atténuée pour certains débiteurs, aggravée pour d'autres; la faute lourde a été assimilée au dol.

1° Certains débiteurs ne sont tenus que des soins qu'ils apportent à leurs propres affaires : *diligentia quam in suis rebus adhibet.* C'est une atténuation de la responsabilité normale. Cette faveur est réservée à quelques débiteurs en raison de la communauté d'intérêts qu'ils ont avec le créancier : ils ont la propriété (11)

(1) P. 391, 2. Modestin (*Collat.*, X, 2, 1) présente encore le commodat comme étant dans l'intérêt des deux parties.

(2) Cette solution ne fut pas admise sans difficultés : pour le cas où le prêt avait eu lieu dans l'intérêt des deux parties (*si communem amicum ad cœnam invitaverimus*), certains jurisconsultes furent d'avis que le commodataire ne répondrait que de son dol; d'autres, et parmi eux Gaius, pensaient que le commodataire devait être tenu de la *culpa levis in concreto* (9 ad Ed. prov., D., XIII, 6, 18 pr.).

(3) P. 405, 5. Proc., 6 Ep., D., XVIII, 1, 68 pr.

(4) Lab., Nerva, Paul, 5 ad Sab., D., XVIII, 2, 14, 1.

(5) Lab., 5 Post., D., XIX, 2, 60, 7; Alf., *eod.*, 31. P. 427, 5; 430, 4.

(6) Nerat., ap. Paul, 32 ad Ed., D., XVII, 1, 26, 7.

(7) P. 398, 5; 399, 1. Alf., 5 Dig. ep., D., XIII, 7, 30.

(8) P. 394, 5-7; 392, 6. D'après Julien (ap. Afr., D., XLVII, 2, 61, 6), le dol doit ici être apprécié *paulo remissius.*

(9) Le gérant d'affaires est traité comme le mandataire (Pomp., D., III, 5, 11).

(10) P. 436, 8. Cic., p. *Rosc. Am.*, 38, 111 : *Quid recipis mandatum si... neglecturus... es?... Cur mihi te offers, ac meis commodis, officio simulato, officis et obstas? Recede de medio : per alium transigam.*

(11) Labéon (2 Pith., D., XIX, 1, 54 pr.) appliquait cette règle au vendeur.

ou la copropriété des biens dont ils doivent rendre compte : le mari (1), le communiste (2), l'associé (3). On a accordé la même faveur aux tuteurs qui sont *domini loco* (4). Au lieu de juger leur conduite d'après le type abstrait du bon père de famille, on les compare à eux-mêmes; on recherche s'ils ont apporté à l'exécution de leur obligation les mêmes soins qu'à leurs propres affaires.

2° La responsabilité peut être aggravée, en vertu d'une convention expresse (5) ou tacite ; le débiteur est tenu de la perte ou du dommage survenus sans sa faute, mais non des cas de force majeure (6). La convention est sous-entendue dans les contrats de transport : celui qui, moyennant une *merces*, s'engage à remettre un objet à la personne qui le lui a confié ou à un tiers, répond (7) du vol et du dommage causé à la chose. La convention est également sous-entendue dans le *receptum* des hôteliers et des maîtres d'écurie (8). Dans ces divers cas on a l'habitude de dire que le débiteur répond de la *custodia* (9). Mais ce mot est équivoque, car souvent il n'exprime rien de plus que la diligence

(1) Paul, 7 ad Sab., D., XXIII, 3, 17. Ofilius déclare le mari responsable de son dol s'il a fait périr une chose dotale et qu'il soit insolvable.

(2) Paul, 23 ad Ed., D., X, 2, 25, 16.

(3) Pour l'associé on peut se demander s'il n'y a pas eu plutôt aggravation. Deux textes nous apprennent que l'on discutait, au début du IIe siècle, la question de savoir s'il devait répondre seulement de son dol comme le dépositaire ou s'il devait en outre être tenu de sa faute (Cels., ap. Ulp., D., XVII, 2, 52, 2; *Inst.*, III, 25, 9). L'assimilation au dépositaire s'expliquait sans doute par cette idée que l'esprit de lucre n'est pas essentiel au contrat de société (I, 653). Mais comme beaucoup d'associés contractent *sui commodi causa*, on conçoit que l'assimilation au dépositaire ait été contestée et définitivement écartée. L'associé fut désormais responsable de son dol et de sa faute. En donnant cette décision, Celsus ne paraît pas avoir songé à la *diligentia quam in suis;* c'est Gaius qui exprime cette réserve dans un texte quelque peu suspect (*eod.*, 72), car la raison alléguée est celle qui, d'après Paul (D., X, 2, 25, 16), justifierait la restriction au dol de la responsabilité du communiste.

(4) T. Ier, 326. Ulp., D., XXVII, 3, 1 pr. Il en est autrement lorsqu'il s'agit de défendre le pupille en justice : ici le tuteur doit se comporter comme un *paterfamilias idoneus* (Ulp., D., XXVI, 7, 10, cf. Callistr., *eod.*, 33 pr.). Pour l'achat d'un fonds de terre, Ulpien déclare le tuteur responsable de son dol et de sa faute lourde (*eod.*, 7, 2).

(5) Application au vendeur (Inst., III, 23, 3 *a.*); dépositaire (p. 394, 7); commodataire (Ulp., D., XIII, 6, 5, 6 *in f.*); mandataire (Ulp., D., XVI, 3, 1, 12).

(6) Servius (ap. Ulp., D., XIX, 2, 15, 2) définit la *vis major* une force à laquelle on ne peut résister : attaque des ennemis, des brigands, des pirates; naufrage, etc. Cf. p. 427, 2.

(7) Bateliers (p. 458, 10); armateurs; commissionnaire qui porte une lettre (Ulp., D., XLVII, 2, 14, 17; Basilic., LX, 12, 50).

(8) Il en est de même d'un commodataire à qui l'on a prêté un esclave chargé de chaînes ou qui en raison de son âge avait besoin d'être surveillé (Ulp., D., XIII, 6, 5, 6).

(9) Cf. Biermann, *Z. Sav. St.*, XII, 33 ; Pernice, *Labeo*, II, 2, 1, 158, 4; Karlowa, II, 830.

d'un bon père de famille : c'est ainsi que le vendeur d'une maison répond de l'incendie; le commodataire, ou le locateur d'un *horreum* répondent du vol lorsqu'ils n'ont pas pris les précautions d'usage (1).

3° D'après une doctrine qui s'est introduite au Ier siècle sous l'influence de Nerva, et malgré la résistance de Proculus, les débiteurs tenus de leur dol sont aussi responsables de leur faute lourde (2). La faute lourde est celle que ne commettrait pas le commun des hommes (3). Elle est tellement grossière qu'on semble avoir fait exprès (4). Dès lors, on distingua deux sortes de fautes : la faute lourde (*culpa lata*) et la faute légère (*culpa levis*); celle-ci appréciée tantôt *in abstracto,* tantôt *in concreto* (5).

§ 3. *Actions* in factum. — Pour les débiteurs tenus d'une action prétorienne *in factum*, il n'y a pas dans les textes de règle générale; mais il ne semble pas que leur responsabilité aille au delà du dol et de la faute lourde. Tel est le cas du *mensor* (6), du *curator bonorum*, des créanciers qui ont obtenu l'envoi en possession des biens de leur débiteur (7). Il en est de même du précariste, qui est tenu, sinon d'une action *in factum*, du moins d'un interdit (p. 393, 9).

La responsabilité contractuelle peut, dans certains cas, concourir avec la responsabilité délictuelle. Si un commodataire déchire les vêtements qu'on lui a prêtés, il est responsable de sa négligence, mais il tombe aussi sous le coup de la loi Aquilia.

(1) Alf., D., XVIII, 6, 11; Jul., D., XIII, 6, 20; Paul, *Coll.*, X, 9. Cf. p. 405, 6.

(2) Cels., 11 Dig., D., XVI, 3, 32 : *Quod Nerva diceret latiorem culpam dolum esse Proculo displicebat, mihi verissimum videtur.*

(3) Ulp., 1 Reg., D., L, 16, 213, 2 : *Lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt.*

(4) Nerat., 1 Resp., ap. Ulp., 5 Disp., D., XXXVI, 1, 22, 3 : *Dolo proxima est.* On traite comme une faute lourde les sévices du mari à l'égard des esclaves dotaux (Ulp., 33 ad Ed., D., XXIV, 3, 24, 5).

(5) La règle sur la responsabilité des débiteurs tenus d'une action de bonne foi a été étendue par le Proculien Neratius à l'héritier grevé d'un fidéicommis universel (1 Resp., ap. Ulp., 5 Disp., D., XXXVI, 1, 22, 3), par d'autres jc. au grevé d'un legs ou d'un fidéicommis particulier (Afr., 5 Quæst., D., XXX, 108, 12) : il répond de son dol et de sa faute lourde s'il ne retire aucun avantage de l'hérédité ; il répond de sa faute légère dans le cas contraire. Cette extension n'était pas admise par les Sabiniens, notamment par Julien : d'après lui, l'héritier n'est tenu que de son fait actif (*culpa in faciendo*) (Inst., II, 20, 16 ; D., XXXVI, 1, 25, 2 ; ap. Paul, D., XLV, 1, 91, 2). C'est la règle appliquée au débiteur sur stipulation (*eod.*, 91, 1). Bien qu'on trouve au Digeste des textes dans les deux sens, il semble que Justinien ait donné la préférence à l'opinion de Julien : il l'a reproduite sans mentionner celle des Proculiens.

(6) Ulp., 26 ad Ed., D., XI, 6, 1, 1.

(7) Ulp., 61 et 62 ad Ed., D., XLII, 5, 8, 3; 9, 5.

Le commodant peut, à son choix, intenter l'action contractuelle ou l'action délictuelle (1). Il ne peut les exercer cumulativement.

IV. Demeure. — § 1er. *Formation de la théorie de la demeure.* — La demeure est un retard coupable apporté par un débiteur à l'exécution de son obligation. Cette notion s'est introduite à une époque où l'on commençait à user d'indulgence envers les débiteurs : elle suppose en effet qu'un débiteur en retard n'est pas nécessairement en faute ; elle est étrangère à l'ancien droit. Aux premiers siècles, le débiteur était à la discrétion du créancier. Il dépendait de celui-ci d'employer les moyens énergiques que la loi mettait à sa disposition pour contraindre le débiteur à tenir sa promesse. Dans un cas cependant, le créancier était désarmé : lorsque la dette avait pour objet un corps certain qui avait péri fortuitement après l'échéance. Ordinairement, le débiteur est libéré *interitu rei :* il serait peu équitable de l'autoriser à invoquer ce mode de libération, alors qu'il n'a pas rempli son engagement; il faut, au contraire, le punir de son manque de parole. A une époque où il n'existait d'autre action civile que l'action de droit strict, où la dette d'un corps certain résultait d'une stipulation, le créancier ne pouvait, après la perte de la chose, exercer l'action née du contrat : il aurait vainement prétendu devant le juge que le débiteur était tenu de lui donner une chose qui avait péri. Sa prétention eût été écartée comme étant sans objet.

Il y avait là une iniquité. Pour la prévenir, on aurait pu demander l'insertion dans l'édit d'une action tendant à punir le débiteur. Mais les actions pénales prétoriennes sont annales et intransmissibles : le créancier aurait perdu certains avantages que lui procurait son action contractuelle. La jurisprudence résolut la question en appliquant la règle : *Culpa rei perpetuatur obligatio.* Le débiteur est en faute de s'être mis dans le cas de ne pas payer. On lui reproche non pas son inaction, mais les faits qui l'ont motivée (*culpa in faciendo*) (2). En conséquence, l'obligation, qui devait être éteinte, est perpétuée. Le créancier peut

(1) Après avoir exercé l'action de commodat, ne pourrait-il pas intenter l'action de la loi Aquilia pour obtenir ce qu'elle a plus avantageux? Paul (D., XLIV, 7, 34, 2) semble l'admettre, mais la raison qu'il donne prouve que le texte a été remanié. — La question est plus délicate si la faute délictuelle commise par le débiteur n'est pas de celles dont il est responsable en vertu du contrat : c'est par exemple un dépositaire qui par maladresse brise l'objet qu'on lui a confié. Peut-on lui demander compte de sa faute en exerçant l'action de la loi Aquilia ? Les textes ne donnent pas la solution de cette question : il semble que la loi Aquilia est applicable lorsque la maladresse a été commise en dehors de l'exécution du contrat. Cf. Vangerow, III, 589.

(2) Pomp., 32 ad Sab., D., L, 17, 39 : *In omnibus causis pro facto accipitur, id in quo per alium moræ sit, quominus fiat.* La terminologie primitive est, à cet égard,

intenter l'action du contrat comme si l'objet dû n'avait pas péri.

Tel est le premier effet du retard coupable : mettre les risques à la charge du débiteur. On ne s'en est pas tenu là : la solution, donnée par les *Veteres*, était trop rigoureuse pour les rapports dérivant des contrats de bonne foi ; elle était insuffisante, car elle n'assurait pas la réparation du préjudice causé au créancier lorsque l'objet dû n'avait pas péri. La jurisprudence classique a conçu une théorie, à la fois plus indulgente et plus équitable, et d'une portée beaucoup plus large. Formée en vue des contrats de bonne foi, la théorie de la demeure a été étendue, sous certaines réserves, à tous les cas où une personne est tenue de donner ou de restituer une certaine valeur. Elle n'est pas restreinte au cas où l'inexécution est imputable au débiteur (*mora solvendi*) : elle vise également le cas où le créancier refuse de recevoir le payement (*mora accipiendi*). Elle s'applique aux obligations de quantités comme aux dettes de corps certain.

§ 2. *Demeure du débiteur.* — Trois conditions sont requises : défaut de payement à l'échéance, sommation du créancier, faute du débiteur. Les jurisconsultes de l'époque impériale ont emprunté aux *Veteres* l'idée fondamentale de la *mora :* le débiteur qui n'exécute pas son obligation à l'échéance doit subir les conséquences de son manque de parole. Mais ils ont atténué ce que cette règle avait d'excessif en distinguant le simple retard de la demeure. Dans les contrats de bonne foi, il est d'usage de laisser au débiteur une certaine latitude pour se libérer : le débiteur ne sera en demeure que lorsqu'il aura reçu une sommation (*interpellatio*) du créancier (1). A partir de ce moment, il est dans

caractéristique : *Per debitorem mora est quominus id quod debet solvat* (Sab., ap. Jav., D., XLV, 1, 105 ; Lab., ap. Jav., D., XXIII, 5, 18, 1). Elle remonte à une époque assez ancienne : on la trouve dans Caton et dans la loi Acilia *repetundarum* de 631 ou 632 (Cat., *R. r.*, 148, 1 ; *C. I. L.*, I, 198, l. 25). Ce n'est pas le seul cas où l'inaction d'un débiteur engage sa responsabilité : aujourd'hui encore, la condition est réputée accomplie lorsque le débiteur l'a empêchée de se réaliser (P. 364, 7. C. civ. 1278. Lab., ap. Ulp., D., XVIII, 1, 50).

(1) Paul, III, 8, 4 ; Marc., 4 Reg., D., XXII, 1, 32. On a soutenu que la règle : pas de demeure sans sommation, souffre exception en cas de dette à terme. Mais la règle *dies interpellat pro homine* a été formulée par les glossateurs par une fausse interprétation de Papinien (D., XXII, 1, 9, 1). Elle est contraire, 1° au principe que la demeure implique une faute : le débiteur n'est pas en faute de n'avoir pas offert le payement au créancier, car celui-ci doit prendre livraison (Ulp., 28 ad Sab., D., XVIII, 6, 1, 3) ; 2° au principe *diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore :* on retourne contre le débiteur une faveur qu'on a voulu lui accorder ; on le traite plus mal que le débiteur pur et simple. Les textes qu'on a allégués en sens contraire sont relatifs à la stipulation de peine : la peine est due dès l'arrivée du terme apposé à l'obligation principale (Just., C., VIII, 38, 12 ; IV, 66, 2). Mais le terme joue ici le rôle d'une condition : la peine est due par cela seul que l'obligation n'est pas exécutée quand elle aurait pu l'être. Si la règle *Dies interpellat*

son tort, il est en faute. Les textes ne parlent pas ici explicitement de cette faute, mais ce qui prouve que la conception des *Veteres* n'a pas été abandonnée, c'est qu'il y a une *mora inculpata* (1) et des *excusationes a mora* (2). Le débiteur est excusable lorsqu'il est absent pour le service de l'Etat ou retenu en captivité, lorsqu'il cherche des amis pour acquitter ou garantir sa dette, lorsqu'il invoque une exception, mais non lorsqu'il n'a pas les moyens de payer (3).

La sommation doit être faite en présence de témoins (4), soit par le créancier, soit par un mandataire spécial ou général; elle doit être adressée au débiteur capable ou à son tuteur (5). Si le débiteur est absent ou mort sans héritier, le créancier devra faire constater devant témoins sa volonté d'être payé. Par exception, aucune sommation n'est exigée à l'égard des voleurs. Ils sont de plein droit réputés en demeure : *Semper enim moram fur facere videtur* (6).

§ 3. *Effets de la demeure du débiteur.* — Le débiteur en demeure doit réparer le tort qu'il a causé au créancier.

1° Si la dette a pour objet un corps certain, les risques sont à sa charge (7), à moins que la chose n'eut péri également si elle eût été livrée au créancier. Cette réserve, introduite par les Sabiniens pour les contrats de bonne foi, a été étendue par Ulpien à l'obligation de restituer qui incombe au défendeur en revendication, à l'obligation de donner imposée à l'héritier en faveur du légataire. Mais elle lui paraît trop favorable au débiteur : le créancier n'aurait-il pu éviter la perte en vendant la chose? Si le débiteur ne peut faire la preuve contraire, les risques seront à sa charge (8).

2° Le débiteur doit compte de tout le profit qu'il a retiré de la chose depuis la mise en demeure : fruits, part des esclaves (9).

pro homine n'est pas romaine, elle n'en a pas moins été consacrée en Italie et en Allemagne : notre Code civil l'a écartée (a. 1139).

(1) Pap., 11 Resp., D., XXII, 1, 9, 1.

(2) Si les jurisconsultes classiques ont évité de se prononcer, c'est que, dit Pomponius : *difficilis est hujus rei definitio.* Antonin le Pieux déclare que c'est une question de fait plutôt qu'une question de droit (ap. Marc., *eod.*, 32 pr.).

(3) Ulp., 34 ad Ed., *eod.*, 21 pr.; 23 pr.; Venul., D., XLV, 1, 137, 4.

(4) Lab., ap. Pomp., *eod.*, 2; Ulp., D., XVIII, 1, 1, 3 : *testando denuntiare.*

(5) Paul, 37 ad Ed., D., XXII, 1, 24, 2 ; 9 ad Sab., D., XLV, 1, 24.

(6) Ulp., 27 ad Ed., D., XIII, 1, 8, 1. Il en est de même du *dejiciens* (Jul., ap. Ulp., 69 ad Ed., D., XLIII, 16, 1, 35).

(7) Paul, 36 ad Ed., D., XXIV, 3, 25, 2.

(8) P. 260, 5; 261, 1-2. Ulp., 22 ad Sab., D., XXX, 47, 6. Suivant Pernice (*Labeo*, II, 2, 1, 140), ces textes seraient interpolés et ne seraient probants que pour le temps de Justinien.

(9) Jul., ap. Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 1, 17, 1; Marc., 4 Reg., D., XXII, 1, 32, 2 ; Ulp., 15 ad Ed., *eod.*, 34 ; 21 ad Sab., D., XXX, 39, 1.

L'évaluation est faite d'après l'intérêt du demandeur (*quanti interest*) (1). Le voleur est toujours condamné à la plus haute valeur de la chose (2).

Si la dette a pour objet une somme d'argent, le débiteur doit compte des intérêts, quel que soit le préjudice subi par le créancier. Ces intérêts ne peuvent dépasser le taux fixé par la loi ou par la coutume locale (3) : ce sont les *intérêts moratoires*. Labéon, le premier, paraît avoir imposé cette obligation. Elle a été étendue à l'héritier grevé d'un fidéicommis ou d'un legs *sinendi modo ;* pour tout autre legs, l'héritier ne doit compte que des fruits (4).

Les effets de la demeure cessent : 1° lorsque le débiteur offre au créancier de le désintéresser complètement. Il y a ici *purgatio moræ ;* au début de l'Empire, on hésitait à l'admettre; il fallut l'autorité de Celsus et de Julien pour la faire accepter (5) ; 2° par la volonté expresse ou tacite du créancier (6).

§ 4. *Cas exceptionnels où les intérêts sont dus sans mise en demeure.* — La loi impose à certains débiteurs (7) l'obligation de payer des intérêts sans mise en demeure ; elle attribue un effet juridique au simple retard soit pour une raison d'équité, soit à cause de la faveur due au créancier (8). Cette obligation incombe : 1° à ceux qui administrent les biens d'autrui, mandataires, gérants d'affaires, associés, tuteurs, curateurs. Ils doivent les intérêts non seulement des capitaux qu'ils ont placés

(1) Paul, 33 ad Ed., D., XIX, 1, 21, 3 : *Omnis utilitas* ; Pomp., *eod.*, 3, 3.

(2) P. 473, 1. Ulp., 27 ad Ed., D., XIII, 1, 8, 1.

(3) Herm., 2 jur. ep., D., XVIII, 6, 19; Ulp., D., XVII, 1, 10, 3.

(4) Ap. Pomp., 13 ad Sab., D., XVII, 2, 60 pr. : *Socium qui in eo quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea pecunia ipse usus sit, usuras quoque præstare debere Labeo ait, sed non quasi usuras, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse;* Gaius, II, 280. Cette distinction a disparu sous Justinien par suite de l'assimilation des legs aux fidéicommis ; les textes classiques ont été corrigés (Paul, III, 8, 4; Pap., D., XXXIII, 2, 24 pr. ; Ulp., D., XXII, 1, 34). — Les donateurs ne payent pas d'intérêts moratoires (p. 683, 1).

(5) Ap. Paul, 17 ad Plaut., D., XLV, 1, 91, 3 : *Celsus adolescens scribit eum qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo : esse enim hanc quæstionem de bono et æquo : in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiæ perniciose... erratur.*

(6) D'après Marcellus, une novation conditionnelle suffit (D., XLVI, 3, 72, 1). Cette opinion n'était pas partagée par Venuleius (D., XLVI, 2, 31 pr.).

(7) Ce sont en général les débiteurs d'une somme d'argent. Pourtant la même règle est appliquée au fidéicommis qui a pour objet des vases d'or ou d'argent (Pap., 20 Quæst. D., XXII, 1, 3, 4; Constantin, C., IV, 32, 25; cf. Petrazycki, *Einkommen*, II, 227).

(8) On dit ici qu'il y a *mora ex re* et non *ex persona*. Il ne faut pas en conclure que les autres effets de la demeure se produisent sans sommation (Paul, D , XXXI, 87, 1 : *Tamen non pro mora hoc habendum est.* Voir cep. Windscheid, II, 277, 11).

pour le compte d'autrui, mais aussi de ceux qu'ils ont employés à leur usage personnel (1) ; parfois même ils doivent les intérêts qu'ils auraient pu percevoir (2), mais réciproquement ils ont droit aux intérêts de leurs avances (3) ; 2° aux débiteurs des mineurs de vingt-cinq ans et du fisc (4) ; 3° à l'acheteur à dater du jour où il a reçu livraison de la chose vendue (5). — L'obligation de payer les *intérêts légaux* n'est pas sanctionnée par une action spéciale : le créancier doit les réclamer en même temps que le capital. Le juge de l'action principale a seul qualité pour les allouer (6).

§ 5. *Demeure du créancier.* — Le créancier est en demeure lorsqu'il refuse sans juste cause de recevoir le payement qui lui est offert au lieu et au temps convenus. Ce refus peut être préjudiciable au débiteur qui est mis dans l'impossibilité de se libérer; il constitue une faute (*culpa in faciendo*) (7). De très bonne heure, la jurisprudence s'est efforcée d'atténuer les conséquences de la mauvaise volonté du créancier : 1° Le débiteur a le droit de se faire rembourser ses impenses nécessaires. S. Ælius, et après lui C. Livius Drusus, autorisent le vendeur à réclamer à l'acheteur en demeure une indemnité pour la nourriture des esclaves dont il a refusé de prendre livraison (8). 2° Le débiteur est déchargé des risques (9). 3° Sa responsabilité est limitée au dol et à la faute lourde (10). 4° S'il était en demeure, sa demeure est purgée (11).

Il y a plus : le débiteur n'est pas tenu de conserver indéfiniment la chose due, à la disposition du créancier. S'il doit une somme d'argent, il peut, après avoir interpellé le créancier,

(1) Ulp., D., XVII, 1, 10, 3; Scæv., D., XXVI, 7, 58, 1; Gaius, D., IV, 4, 27, 1.
(2) Paul, 2 ad Nerat., D., III, 5, 18, 4.
(3) Ulp., D., XVII, 1, 12, 9; Paul, D., XVII, 2, 67, 2; Ulp., D., XXVII, 4, 3, 1.
(4) Paul, D., XXXI, 87, 1; XXII, 1, 17, 5-6.
(5) Ulp., 32 ad Ed., D., XIX, 1, 13, 20.
(6) Gord., C., IV, 34, 4; Herm., D., XIX, 1, 49, 1. Voir cep. Ulp., D., XLIV, 2, 23.
(7) Marcel., 20 Dig., D., XLVI, 3, 72 pr.; Pomp., D., XXIV, 3, 9 : ... *Ne facto mulieris in perpetuum agrum ejus colere cogatur.*
(8) T. Ier, 603, 3. Il a aussi un droit de rétention (Pomp., 6 Ep., D., XXXIII, 6, 8).
(9) Marcel., *loc. cit. : Ipso jure desinet teneri... Non est æquum teneri, pecunia amissa, quia non teneretur si creditor accipere voluisset.*
(10) Pomp., 31 ad Q. Muc., D., XVIII, 6, 17 : *Illud sciendum est, cum moram emptor adhibere cœpit, jam non culpam, sed dolum malum tantum præstandum a venditore.* Le mari, débiteur de la dot, peut se dispenser de cultiver les fonds dotaux lorsque la femme est en demeure (*Ibid.*, 14 ad Sab., D., XXIV, 3, 9. Cf. pour les fruits perçus, Jav., 6 ex Post., D., XXIII, 5, 18, 1).
(11) Pomp., 31 ad Q. Muc., D., XVIII, 6, 17; Paul, D., XXIV, 3, 26.

la déposer *tuto in loco* (1) ; dès lors les intérêts cessent de courir. Mais la dette n'est pas éteinte, car il dépend du débiteur de réclamer son dépôt (2) : son existence est en suspens. Si le créancier se décide à accepter l'offre du débiteur, celui-ci lui cédera son action contre le dépositaire. Dioclétien a simplifié cette procédure en accordant au créancier une action utile contre le dépositaire.

Pour toute autre dette, le débiteur peut à la rigueur abandonner l'objet sur la voie publique, après avoir notifié son intention au créancier par-devant témoins. Mais on lui conseille de ne pas en venir à cette extrémité et de vendre plutôt l'objet dû, en tenant le prix à la disposition du créancier (3).

(1) P. 518, 5. Ulp., D., XXVI, 7, 28, 1. L'usage de déposer *pecuniam clausam et obsignatam* est mentionné par Alf., 5 Dig., D., XIX, 2, 31.
(2) Pap., 2 Rep., D., XXII, 1, 7; Diocl., C., IV, 32, 19 pr.
(3) Alf., 3 Dig., D., XVIII, 6, 12; Ulp., *eod.*, 1, 3. Ce droit est refusé à l'héritier vis-à-vis du légataire, mais l'héritier peut se faire indemniser du préjudice que le retard lui a causé (Pomp., 6 Ep. D., XXXIII, 6, 8).

LIVRE V

LES SUCCESSIONS A CAUSE DE MORT

CHAPITRE PREMIER

Successions à titre universel et successions à titre particulier.

I. Différences entre ces deux sortes de successions. — Lorsqu'un citoyen *sui juris* vient à mourir, son patrimoine passe à ses héritiers testamentaires ou légitimes : il y a succession à titre universel. S'il a disposé isolément de certains biens compris dans son hérédité au profit d'une ou de plusieurs personnes, sous forme de legs, fidéicommis ou donation à cause de mort, il y a succession à titre particulier. Cette conception du droit classique diffère à deux points de vue de celle de l'ancien droit : 1° l'hérédité et le legs sont rangés dans une catégorie commune, celle de succession; 2° l'héritier, au lieu d'être considéré comme le continuateur du culte et de la maison du défunt (I, 279), est traité comme un successeur *in universum jus*.

Cette double innovation a été préparée par le changement qui s'est produit dans la notion de l'hérédité aux derniers siècles de la République : l'hérédité est devenue, comme le legs, un émolument, une valeur pécuniaire (I, 518). L'héritier, comme le légataire, est le bénéficiaire de la fortune du défunt; mais l'un recueille la totalité ou une quote-part du patrimoine, l'autre un objet particulier (1). En constatant cette ressemblance qui a fait ranger l'hérédité et le legs dans une catégorie commune, la jurisprudence n'a eu garde de supprimer les effets attachés à la qualité d'héritier : si l'héritier est un successeur comme le légataire, c'est un successeur *sui generis*, un successeur *in universum jus*.

Cette conception nouvelle est l'un des exemples les plus frap-

(1) Ulp., 67 ad Ed., D., XLIII, 3, 1, 13 : *In locum successise accipimus sive per universitatem sive in rem sit successum.* Cf. Ped., ap. Ulp., D., XLIII, 19, 2.

pants de la transformation que subissent les notions juridiques lorsque le droit devient une science. Que l'on rapproche les deux définitions de l'hérédité données par Cicéron et par Julien, et l'on verra combien suggestive et féconde en conséquences est la définition formulée par l'un des grands jurisconsultes de l'époque classique. L'hérédité, dit Cicéron, est l'avantage pécuniaire qu'une personne acquiert légalement à la mort d'une autre (I, 518, 1). L'hérédité, dit Julien, n'est rien autre chose que la succession à l'ensemble des droits du défunt (1). Tandis que Cicéron n'aperçoit que le côté matériel et extérieur de l'hérédité, Julien en fait ressortir le caractère interne et en même temps les effets pratiques. L'idée neuve est celle de la succession universelle.

La succession universelle et la succession à titre particulier ont ceci de commun, c'est qu'ordinairement le droit du successeur s'appuie sur celui du précédent titulaire. D'où cette conséquence : le successeur ne peut avoir plus de droit que son auteur (p. 236, 8). Mais à côté de cette analogie, il y a des différences essentielles (2), quant à la forme et quant aux effets : 1° La succession à titre singulier exige l'emploi d'un mode d'acquérir approprié à la nature de l'objet. Cette règle s'applique même au cas où plusieurs objets sont transmis simultanément; chacun d'eux doit être acquis séparément par mancipation ou par tradition. La succession à titre universel fait acquérir en bloc et sans formalité tous les biens compris dans le patrimoine, même ceux dont on ne soupçonnait pas l'existence, même les créances qui sont intransmissibles à titre particulier (3). Elle lui fait également acquérir certains droits qui n'étaient pas dans le patrimoine du défunt, comme le droit à la réparation de l'injure faite à la mémoire ou au corps du défunt (4). 2° Le successeur universel est tenu des dettes de son auteur. Rien de pareil pour le successeur à titre particulier (5).

(1) 6 Dig., D., L, 17, 62 : *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus habuerit.*

(2) Il faut se garder d'en conclure qu'il y a incompatibilité absolue entre ces deux catégories (p. 52, 7) : 1° les qualités de successeur universel et de successeur à titre particulier peuvent être réunies en la même personne (legs *per præceptionem*) ; 2° un successeur à titre particulier peut avoir droit à une quote-part de l hérédité (legs partiaire) ou à toute l'hérédité (fidéicommis d'hérédité avant le Sc. Trébellien).

(3) Pomp., 5 ad Sab., D., XXIX, 2, 37; Paul, 2 Man., D., XLI, 1, 62.

(4) P. 468, 2. Jul., ap. Ulp., 56 ad Ed., D., XLVII, 10, 1, 6.

(5) Cet effet est propre aux successions à titre d'héritier. Les autres successions *per universitatem*, qui ont lieu entre vifs, n'entraînent pas directement la charge des dettes. Cette différence s'explique par une raison historique : les Romains n'ont pas admis dès l'abord et d'une manière générale la transmissibilité des dettes; l'adrogation et la *manus* sont restées soumises à la règle antique (t. I[er], 701). Quant à la

D'où vient cette double différence? Pour résoudre cette question, il faut rechercher au préalable comment la jurisprudence a pu traiter l'héritier comme un successeur.

II. Application a l'hérédité de la notion de succession. — Cette conception nous paraît aujourd'hui toute naturelle, parce qu'elle a pénétré dans la conscience populaire depuis une longue série de générations. Elle soulève pourtant bien des difficultés : parler de succession, c'est dire qu'une personne prend la place d'une autre, avec son assentiment et sans solution de continuité. Or, si cette idée se conçoit aisément pour la succession à titre particulier, elle semble impossible à titre universel : 1° La succession universelle a son fondement dans la volonté expresse ou présumée du défunt : comment cette volonté peut-elle être efficace quand elle a cessé d'exister? 2° La personnalité juridique du défunt prend fin en même temps que sa personne physique, au moment du décès; le droit de l'héritier ne prend naissance qu'au jour de l'adition; il y a donc solution de continuité entre la personne du défunt et celle de l'héritier dans l'intervalle qui s'écoule entre la mort du *de cujus* et l'adition de l'héritier. 3° La succession universelle implique la transmission d'un patrimoine, c'est-à-dire de l'ensemble des droits actifs et passifs d'une personne : or cet ensemble ne peut subsister, conserver son unité, s'il ne se rattache à une personne déterminée. Au décès de cette personne, il va se désagréger : créances et dettes vont s'éteindre faute de titulaire; les choses corporelles vont devenir *res nullius*. Et cependant on a de tout temps à Rome considéré l'héritier comme le continuateur du défunt (I, 279).

Dans l'ancien droit, sous le régime de la propriété familiale, ce sont les héritiers domestiques qui, régulièrement, recueillent le patrimoine pour le transmettre à leur tour à leurs enfants. La mort du père ne fait pas acquérir aux fils un droit nouveau : elle les met plutôt en mesure d'exercer un droit qu'ils avaient déjà à l'état latent. Entre le père et ses enfants, il n'y a pas solution de continuité ni succession véritable.

Le patrimoine étant attaché à la famille et non à la personne, participe à sa stabilité et se perpétue avec elle. D'ailleurs, à cette époque où la propriété foncière constitue la partie essentielle du patrimoine, où la famille reste groupée autour du foyer des ancêtres, et cultive les terres qui portent leur nom, il y a entre le patrimoine et son successeur actuel un lien suffisant pour

venditio bonorum, elle ne fait pas de l'acheteur un véritable successeur; de même l'*addictio bonorum libertatis causa* (Inst., III, 11) : celui qui l'obtient ne peut être poursuivi qu'en vertu de la *cautio* fournie aux créanciers (Ulp., D., XL, 5, 4, 22).

attester aux yeux de tous que l'héritier est réellement le continuateur du précédent propriétaire.

Avec le régime de la propriété individuelle, tout change, et c'est ici seulement que l'on peut parler de succession.

Le patrimoine appartient à une personne déterminée qui en a la libre disposition. La délation de l'hérédité est réglée par la volonté expresse ou présumée du défunt. L'efficacité attribuée à la volonté d'un mort n'a jamais été mise en question par les Romains depuis que le testament est devenu un acte privé (I, 525). Les jurisconsultes classiques la justifient, comme les modernes, par une raison d'intérêt public (1). De là, deux conséquences : *a*) la volonté du testateur étant souveraine, les mesures prises pour conserver les biens dans la famille n'ont plus de raison d'être; *b*) le patrimoine n'appartenant plus à la famille, il en résulte qu'à la mort du titulaire, un nouveau maître viendra prendre la place de l'ancien, dont il sera l'ayant cause. Le nouveau maître et l'ancien, l'ayant cause et l'auteur forment deux personnes distinctes. Entre ces deux personnes, il faut établir un lien si l'on veut conserver au patrimoine du défunt son unité, si l'on veut qu'il parvienne intact à l'héritier et qu'il demeure le gage des créanciers du défunt. A défaut d'un lien naturel, il faut établir entre le *de cujus* et son héritier, un lien idéal. A cette condition, la solution de continuité, qui existe en fait, disparaîtra en droit; l'héritier apparaîtra comme le continuateur du *de cujus*. Au fond, le problème consiste à définir la situation de l'hérédité dans l'intervalle qui sépare le décès de l'adition, ou, comme disent les Romains, de l'hérédité jacente (2).

III. Le problème de l'hérédité jacente. — La jurisprudence a hésité longtemps avant de trouver une solution satisfaisante du problème. On peut la suivre dans ses variations pendant plus d'un siècle, depuis Auguste jusqu'aux Antonins. Labéon reconnaît à plusieurs reprises que la personnalité juridique prend fin en même temps que la personne physique, et que l'hérédité jacente est *res nullius* (3). Mais cette manière de voir entraîne une conséquence devant laquelle Labéon recule (4) : le premier

(1) Paul, 8 ad Plaut., D., XXIX, 3, 5 : *Publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere.* La société a intérêt à ce que le père de famille conserve les biens qu'il acquiert, et il ne les conservera que s'il a l'espoir de les transmettre à ses héritiers. L'hérédité est une garantie contre la dissipation et le désordre ; en assurant la stabilité des fortunes elle contribue à la stabilité de l'Etat. Quintilien (*Decl.*, 308) invoque une raison de sentiment : *Neque enim aliud videtur solatium mortis quam voluntas ultra mortem.*

(2) Ulp., 71 ad Ed., D., XLIII, 24, 13, 5 : *Hereditas jacet.*

(3) *Ibid. : Eo tempore nemo dominus est*, D., XV, 1, 3, 1.

(4) D'autres jurisconsultes l'acceptent (Jul., ap. Marcel., 8 Dig., D., XLVII, 2,

venu pourrait s'emparer des biens héréditaires sans crainte d'être poursuivi comme voleur.

La doctrine antique produisait une autre conséquence non moins choquante. Si un tiers s'empare de l'hérédité et vend tout ou partie des biens héréditaires, et que plus tard l'héritier fasse reconnaître son droit en justice, le possesseur de l'hérédité devra-t-il rendre seulement ce qui lui reste entre les mains? Ne sera-t-il pas en outre tenu de restituer le prix des biens qu'il a vendus? Si l'hérédité est *res nullius*, on ne peut lui imposer cette obligation, et l'héritier sera dépouillé impunément. L'injustice de cette conséquence est flagrante : Labéon la repousse (1). Cette décision, inspirée à Labéon par le désir d'écarter un résultat inique, devait le conduire à une conception nouvelle de l'hérédité : si le prix des biens aliénés par le possesseur est une partie intégrante de l'hérédité, c'est que l'hérédité n'est plus une collection de choses corporelles ou incorporelles sans lien entre elles ; elle forme un seul tout; elle a son unité : c'est une universalité juridique (2), un *juris nomen* (3). Cette conclusion logique de sa décision, Labéon l'a aperçue et formulée. C'était un germe qu'il restait à développer : ce fut l'œuvre de la jurisprudence postérieure. Labéon y a lui-même contribué en interprétant un édit du Préteur.

L'édit avait établi une action au double contre l'esclave qui, affranchi par le testament du maître, avait détourné des biens héréditaires (4). En présence de cette orientation nouvelle de la

69 et 71 ; Gaius, III, 201). Ce résultat, qui nous paraîtrait aujourd'hui dangereux pour l'ordre social, était moins choquant à une époque où l'on autorisait l'usucapion *pro herede* : l'héritier, disait-on, ne saurait se plaindre; que ne s'est-il hâté de faire adition? Cette conséquence fut maintenue même à l'époque où l'on admit une conception différente de l'hérédité jacente. Scævola (ap. Ulp., 38 ad Ed., D., XLVII, 4, 1, 15) essaye de l'expliquer en disant qu'on ne vole que les choses possédées par quelqu'un. En réalité on était en présence d'une règle surannée qui n'aurait pas subsisté s'il n'y avait eu une exception pour les héritiers nécessaires.

(1) Il va jusqu'à dire que le possesseur est responsable du prix qu'il n'a pas touché par suite de la faillite du banquier chargé de la vente (Ulp., D., V, 3, 18 pr.).

(2) Ap. Ulp., 39 ad Ed., D., XXXVII, 1, 3, 1. On a dit p. 175, 3, que la notion d'*universitas* se trouve dans Alfenus : *Neque in hoc solum evenire ut, partibus commutatis, eadem res esse existimaretur, sed et in multis ceteris rebus.*

(3) Pomp., D., L, 16, 119 ; Ulp., *eod.*, 178, 1 ; Pap., D., V, 3, 50 pr.

(4) Lab., ap. Ulp., 38 ad Ed., D., XLVII, 4, 1, 1. Un autre édit avait réglé une question très pratique en encourageant les amis du défunt à gérer ses affaires en l'absence de l'héritier ; le Préteur promet l'action *neg. gest.* à celui qui *negotia, quæ cujusque cum is moritur fuerit, gesserit.* Cette clause était nécessaire, dit Ulpien, parce que le gérant ne peut être considéré comme ayant fait l'affaire du défunt ni celle de l'héritier (D., III, 5, 3, 6). Elle aurait été inutile si, à l'époque où elle fut insérée dans l'édit, on eut admis la doctrine de Julien sur l'hérédité jacente. Cela prouve qu'une construction doctrinale bien faite rend inutile l'intervention du législateur pour résoudre chacune des difficultés que soulève la pratique.

législation, il était difficile de traiter encore ces biens comme vacants et sans maître. La loi ne les protégerait pas s'ils n'étaient à quelqu'un. Mais à qui? L'ancien propriétaire est mort; le nouveau ne s'est pas présenté; peut-être même est-il encore inconnu. Labéon répond : c'est l'hérédité qui est propriétaire (1).

La conception de Labéon avait quelque chose d'imparfait. On ne peut dire que l'hérédité jacente est propriétaire, car l'hérédité n'est pas une personne; comment serait-elle titulaire d'un droit? Labéon avait admis que l'hérédité forme une universalité juridique : mais une universalité juridique, comme un patrimoine, doit se rattacher à une personne déterminée, sans quoi elle manque de base, de réalité (2). Quelle est la personne que l'on va choisir? Celle de l'héritier futur, dit Javolenus (3). Cette solution était peu satisfaisante : rattacher l'hérédité à la personne de l'héritier futur alors que cet héritier peut rester, pendant un temps plus ou moins long, indéterminé, c'est s'exposer, en bien des cas, à prolonger un état d'incertitude qu'on a tout intérêt à faire disparaître. Ce défaut fut immédiatement aperçu par le plus célèbre des disciples de Javolenus; Julien formula la doctrine qui a désormais prévalu : l'hérédité représente la personne du défunt (4). Cette doctrine avait le double avantage d'être conforme aux croyances populaires des Romains (5), ce qui la fit aisément accepter, et de répondre aux besoins de la

(1) Si un esclave héréditaire achète des parfums pour les obsèques de son maître, cette dépense constitue, d'après Labéon, un *in rem domini versum* (ap. Ulp., 29 ad Ed., D., XV, 3, 7, 3).

(2) On pourrait être tenté de considérer l'hérédité comme une personne juridique : mais la loi ne reconnaît que des personnes juridiques présentant un intérêt général ; ici ce serait une personne juridique établie dans un intérêt privé. Puis les personnes juridiques ont une durée indéfinie ; l'hérédité jacente ne doit avoir qu'une existence éphémère. Pourtant un jurisconsulte du temps de Marc-Aurèle a comparé l'hérédité à une personne juridique : *Hereditas vice personæ fungitur, sicut municipium et decuria et societas* (Flor., 8 Inst., D., XLVI, 1, 22). Mais ce rapprochement a uniquement pour but de justifier une décision très équitable : autoriser un ami du défunt à garantir le payement d'une de ses dettes en attendant que l'héritier se présente. Grâce à cette intervention, on empêchera la saisie et la vente des biens à la requête d'un créancier trop pressé ; on préservera la mémoire du défunt de l'infamie, conséquence de la *bonorum venditio* (p. 767, 4).

(3) 7 Ep., D., XLI, 3, 22 : *Heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personæ tamen vice funguntur;* Pomp., 5 ex Plaut., D., XLVI, 2, 24 : *Stipulatio transit ad heredem cujus personam interim hereditas sustinet.*

(4) Ap. Ulp., 4 Disp., D., XLI, 1, 33, 2 : *Hereditas personæ defuncti vice fungitur* (Flor., 11 Inst., D., XXX, 116, 3; Diocl., C., IV, 34, 9).

(5) D'après ces croyances, le chef de famille ne meurt pas tout entier ; son âme continue à résider auprès du foyer domestique (t. Ier, 65). Si le défunt se survit au point de vue religieux, pourquoi n'en serait-il pas de même en droit privé? Le droit pontifical offrait un précédent : le culte domestique ne s'éteint pas à la mort du chef de famille; le patrimoine du défunt reste affecté à son entretien (I, 518) : il conserve donc son unité.

pratique en fournissant le moyen de résoudre équitablement presque toutes les difficultés, soit quant aux actes accomplis pendant que l'hérédité est jacente (1), soit quant à la situation de l'héritier considéré comme successeur du *de cujus*.

L'héritier qui accepte devient le représentant du défunt. Cette représentation *sui generis* (2) comprend deux éléments distincts : la continuité et la perpétuité.

a) L'héritier succède au défunt sans solution de continuité (3). Ce résultat peut se justifier théoriquement : l'héritier est jusqu'à l'adition dans une situation analogue à celle d'un ayant droit sous condition suspensive. Le sort des actes juridiques, accomplis pendant que l'hérédité est jacente, reste en suspens jusqu'à ce qu'on sache si la condition s'est réalisée. Si l'héritier accepte, tout se passe comme s'il avait succédé au défunt dès l'instant du décès (4). Il n'en est pas de même lorsque l'héritier est sien et

(1) Conséquences : 1° Le patrimoine du défunt conserve son unité dans l'intervalle qui sépare la mort de l'adition ; il peut s'accroître ou diminuer ; les biens qui le composent ne sont pas *res nullius*. 2° Il peut conserver son individualité même après l'adition : en cas de séparation des patrimoines, de fidéicommis d'hérédité, de pétition d'hérédité. 3° Celui qui fait un acte de gestion d'affaires dans l'intérêt d'une hérédité acquiert un droit contre cette hérédité, même si l'héritier est un pupille (PAUL, 9 ad Ed., D., III, 5, 21, 1). 4° L'étendue de la créance des frais funéraires se détermine d'après le rang social et la fortune du défunt (ULP., 10 ad Ed., D., XI, 7, 1). 5° Les esclaves héréditaires continuent à être des instruments d'acquisition pour le maître ; ils pourront figurer dans un acte juridique acquisitif en empruntant la capacité du défunt, stipuler, être institués héritiers, gratifiés d'un legs (GAIUS, 17 ad Ed. prov., D., XXVIII, 5, 31, 1 ; cf. BUFNOIR, *Condition*, p. 443). 6° L'injure adressée à la mémoire du défunt, l'outrage commis envers son cadavre fait naître au profit de l'hérédité un droit à une réparation pécuniaire (p. 468, 2, D., XLVII, 10, 1, 4 et 6). 7° Si un esclave héréditaire est tué, l'action de la loi Aquilia naît au profit de son maître, c'est-à-dire de l'hérédité. Les jurisconsultes antérieurs donnaient une solution analogue, les uns en s'appropriant la thèse de Labéon qui considérait l'hérédité comme propriétaire (CELS., ap. ULP., 18 ad Ed., XX, 2, 13, 2), les autres en invoquant une raison de sentiment : refuser l'action de la loi Aquilia, ce serait, dit Pomponius ou le jurisconsulte qu'il cite (19 ad Sab., *eod.*, 43), la ruine des posthumes qui sont appelés à l'hérédité de leurs parents.

(2) Nous traduisons par le mot représentation l'idée exprimée par Julien : *Personæ defuncti vice fungitur*. Il ne s'agit pas de faire de l'héritier un *procurator*, comme le suppose Fadda (*Diritto ereditario romano*, 1900, I, 18). Ulpien dit (D., L, 17, 59) : *Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat.*

(3) L'idée de continuité est critiquée par divers auteurs : elle parait à Fadda (*loc. cit.*) antijuridique et n'avoir d'autre appui qu'une métaphore de Cicéron (*De leg.*, II, 19, 48) et un passage de la Novelle (48, pr.). Elle est pourtant exprimée par Celsus (38 Dig., D., L, 17, 193) et par Paul (27 ad Ed., *eod.*, 138 pr.) : *Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur*. Les auteurs modernes ont eu le tort d'attribuer à cette idée une valeur absolue : les Romains n'y ont vu rien de plus qu'un moyen de justifier certaines solutions conformes aux besoins de la pratique.

(4) Celsus (*loc. cit.*) exprime cette idée à propos des lois restrictives du cautionnement. Il visait sans doute le cas où une personne avait cautionné la dette d'un esclave héréditaire : cette personne pouvait-elle, dans le cours de la même année, cautionner une dette de l'héritier ? Celsus devait appliquer ici la loi Cornelia, en considérant les deux débiteurs comme une seule personne.

nécessaire : l'hérédité est acquise *ipso jure* au moment du décès. Mais si l'héritier fait usage du bénéfice d'abstention, il cesse, en droit prétorien sinon en droit civil, d'être traité comme héritier. Il est donc en fait dans la situation d'un ayant droit sous condition résolutoire.

b) L'héritier est le représentant du *de cujus* à perpétuité. *Semel heres, semper heres*. La qualité d'héritier est indélébile : c'est là une règle propre à la législation romaine et qui remonte à l'époque où l'héritier était avant tout le continuateur du culte (1). Mais le principe de la représentation n'est pas absolu : si en général les deux personnalités n'en font qu'une (2), il y a des cas où on les distingue soit dans l'intérêt des créanciers du défunt lorsqu'ils demandent la séparation, soit dans l'intérêt de l'héritier; si, par exemple, l'héritier succède à son cocréancier solidaire qui avait consenti un pacte de remise *ad tempus* au débiteur commun, il a intérêt à agir contre ce débiteur en son nom personnel et non comme héritier (3).

Telles sont les conséquences de la doctrine de Julien qui prolonge la personnalité juridique du défunt jusqu'à l'adition de son hérédité. Cette doctrine a été si féconde qu'Ulpien a pu dire : *Multis argumentis juris civilis comprobatum est* (4). Sur un point cependant elle ne répondait pas aux exigences de la pratique ; elle ne donnait pas le moyen de faire, pendant la jacence de l'hérédité, un acte en vue de l'héritier futur. Cette impossibilité était parfois une gêne pour la pratique : Sabiniens et Proculiens étaient en désaccord sur la solution de la question (5). La difficulté fut tranchée au IIe siècle : on attribua à l'adition un effet rétroactif; à quelque moment qu'ait lieu l'adition, l'héritier sera réputé avoir succédé au défunt dès le jour du décès (6).

(1) Cf. Ch. Lescoeur, *Des* sacra privata *chez les Romains*, 1895, p. 17.
(2) Par exemple au point de vue de la continuation de l'usucapion (p. 246); de la confusion des créances de l'héritier contre le *de cujus* ou réciproquement.
(3) Scæv., Quæst., D., XLVI, 3, 93 pr.
(4) 4 De cens., D., XLI, 1, 34.
(5) Gaius, 3 de V. O., D., XLV, 3, 28, 4. Les Proculiens refusaient à l'esclave héréditaire le droit de stipuler pour l'héritier futur : c'était la conséquence logique de la règle qui subordonne l'acquisition de l'hérédité à l'adition. Pour l'écarter et donner satisfaction aux besoins de la pratique, les Sabiniens invoquèrent une raison fort curieuse, qu'ils empruntèrent au droit religieux. Il n'est pas exact, dit Cassius, de traiter l'héritier comme un étranger jusqu'à l'adition : son deuil commence au jour du décès ; sa famille est dès ce moment *funesta*, et cette souillure ne disparaîtra qu'après l'accomplissement des actes purificatoires (Voir notre article funus, *Dict. des Antiq.*, IV, 1397). Mais la raison alléguée par Cassius n'était vraie que pour le deuil d'un membre de la famille (*funus familiare*) ; elle ne s'appliquait pas au cas où l'héritier était un étranger. Cassius faisait une généralisation que rien n'autorisait.
(6) Flor., 8 Inst., D., XXIX, 2, 54 : *Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur*. Cf. Cels., D., L, 17, 193.

Cette règle, qui complète la doctrine de Julien, tend au même but par une voie différente ; elle supprime toute solution de continuité entre le défunt et l'héritier ; elle permet à l'esclave héréditaire de stipuler, suivant les circonstances, soit pour l'héritier futur, soit pour l'hérédité (1).

IV. Délation des successions a titre universel. — La succession de l'héritier au défunt se produit au moment de l'acquisition de l'hérédité. Mais l'acquisition suppose la délation de l'hérédité (I, 284; 518) : la délation a lieu en vertu d'un testament, ou, à défaut (2), en vertu de la loi, de l'Edit, des sénatus-consultes ou des constitutions impériales. Comme dans le droit antérieur, les héritiers *ab* intestat ne peuvent jamais concourir avec les héritiers testamentaires (I, 526), mais parfois ils les excluent (*bonorum possessio contra tabulas, querela inofficiosi*). On a dit qu'il y avait là une succession contre le testament : en réalité, il y a une restriction à la liberté de tester.

La délation de l'hérédité en vertu d'un testament est le cas le plus ordinaire. Autant les testaments étaient rares à l'époque antique, autant ils sont fréquents aux derniers siècles de la République et sous l'Empire. Il semble résulter d'un vers de Plaute que l'on considérait comme un malheur de mourir intestat (3). Cette défaveur pour les successions légitimes vient sans doute de ce que la loi n'était plus d'accord avec les mœurs. Un régime successoral fondé sur l'agnation et la gentilité devait être peu goûté à une époque où les liens du sang paraissaient plus forts que ceux de l'agnation, où la notion de la *gens* s'affaiblissait de jour en jour (4). Plusieurs règles prouvent, plus sûrement que le vers de Plaute, la faveur dont jouissaient les testaments : l'institution d'un héritier pour une part de la succession devrait être nulle pour violation de la règle qui exclut le concours des héritiers testamentaires et *ab* intestat : on préfère réputer non écrite la mention de la *pars certa;* l'héritier aura

(1) Mod., 7 Reg., D., XLV, 3, 35. Cette règle donne une base solide à l'opinion jadis soutenue par les Sabiniens. Il ne faut pas s'étonner qu'on ait inséré au Digeste divers fragments exprimant cette opinion : en pratique sinon en théorie, ils conservaient toute leur valeur. Cf. Pernice, *Labeo*, I, 368.

(2) Ulp., 46 ad Ed., D., XXIX, 2, 39 : *Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas ab intestato non defertur.*

(3) Cf. le jeu de mots du *Curc.*, V, 1, 24 : *Licet antestari? — Non licet. — Jupiter te male perdat : intestatus vivito.* Plaute confond à dessein l'*intestabilis* et l'*intestatus.*

(4) Il n'était pas toujours prudent de faire son testament quand on n'avait pas d'enfants (Pap., 8 Resp., D., XXXI, 77, 24 : *Mando filiæ meæ pro salute sollicitus ipsius, ut, quoad liberos tollat, testamentum non faciat; ita enim poterit sine periculo vivere*).

toute la succession contrairement à la volonté du testateur, mais le testament sera maintenu. Même solution si l'héritier est institué sous une condition impossible : la condition est effacée, et avec elle disparaît le vice qui affectait l'institution (p. 591).

CHAPITRE II

Des successions testamentaires.

I. Définition. — Le testament est un acte de dernière volonté, unilatéral, solennel, contenant essentiellement l'institution d'un ou de plusieurs héritiers.

1° C'est un acte de dernière volonté (*supremum, ultimum judicium*) (1) : tant que vit le testateur, le testament n'est qu'un projet ; il est toujours révocable.

2° C'est un acte unilatéral : exiger le concours de volonté de l'héritier, ce serait porter atteinte à la liberté du testateur. Les Romains n'ont pas admis, comme le droit français, l'institution contractuelle (2). Le caractère unilatéral du testament est manifeste dans le testament prétorien. Il semble étranger au testament *per æs et libram*, qui apparaît comme un *negotium gestum* entre le testateur et le *familiæ emptor* : mais le *familiæ emptor* n'intervient que pour la forme ; son concours à l'acte n'est plus qu'un vestige de la mancipation de la *familia* (I, 522, 2).

3° C'est un acte solennel : le droit civil ne connaît à cette époque qu'une seule forme de testament, celle qui s'est introduite au cours du VIe siècle de Rome : le testament *per æs et libram* (I, 521). Mais le droit prétorien considère comme suffisant un écrit (3) revêtu du sceau de sept témoins (I, 535) (4).

(1) Pap., ap. Ulp., 19 ad Ed., D., X, 2, 20, 3 ; Paul, 2 Quæst., D., V, 2, 19.

(2) C. civ., 1082, 1083. Cela est certain en droit classique (Val., Gall., C., II, 3, 15 ; Diocl., C., V, 14, 5). Pour l'ancien droit, l'opinion contraire est soutenue par E. Lambert, *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*, 1901, p. 29). Cf. Jobbé-Duval, *Nouv. Rev. hist.*, XXVI, 214.

(3) L'écrit n'avait pas besoin d'être rédigé de la main du testateur. On avait souvent recours à un *testamentarius :* s'il abusait de la confiance du testateur pour inscrire son nom ou celui d'un complice, il encourait la peine du faux d'après le sénatusconsulte Libonien de l'an 16, et la disposition était réputée non écrite (Jul., 78 Dig., D., XXXIV, 8, 1). Cet écrit était parfois rédigé en plusieurs exemplaires (Florent., 10 Inst., D., XXVIII, 1, 24 ; Ulp., D., XXIX, 3, 10 pr. ; XXXVII, 11, 1, 5 et 6). Le citoyen qui allait entreprendre un voyage maritime avait intérêt à emporter avec lui son testament et à laisser un double à son domicile.

(4) Lorsque le testateur est atteint d'une maladie contagieuse, la présence simultanée des sept témoins n'est pas nécessaire (Diocl., C., VI, 23, 8).

Celui qui invoque un testament prétorien obtient la *bonorum possessio secundum tabulas*. Cette *b. p.* ne fut pas opposable dans le principe aux héritiers légitimes ; elle était donnée *sine re*. Il en fut autrement, lorsque Antonin le Pieux permit au *bonorum possessor* d'écarter l'héritier légitime au moyen de l'exception de dol : le testament prétorien devint alors pleinement efficace.

4° Tout testament, sauf celui des militaires (1), doit contenir l'institution d'un héritier (I, 281) ; c'est là une différence avec le droit moderne. Le testateur ne peut pas se borner à faire des legs pour une partie de son patrimoine, le surplus devant revenir à ses héritiers *ab* intestat. La loi romaine n'admet pas le concours d'héritiers testamentaires et d'héritiers *ab* intestat. L'héritier testamentaire a nécessairement vocation à la totalité des biens du défunt (I, 526, 1). De là une conséquence importante : toutes les dispositions particulières contenues dans le testament dépendent de l'institution.

La règle qui subordonne l'existence du testament à certaines solennités ne s'applique pas aux militaires (p. 123, 5). Le soldat est autorisé à tester comme il veut et comme il peut. La seule difficulté sera de prouver plus tard l'existence du testament, d'établir que le soldat a sérieusement entendu manifester sa dernière volonté (2). Le testament militaire conserve sa valeur tant que son auteur est au service et pendant l'année qui suit son congé, pourvu d'ailleurs que ce soit un congé honorable (3).

II. Nouveau principe d'interprétation des testaments. — Le principe fondamental, c'est qu'on doit s'attacher à l'intention plutôt qu'aux paroles du testateur. Ce principe, qui avait des partisans dès le temps de Cicéron et qui a été formulé par Papinien (4) était étranger à l'ancien droit. A cette époque, l'idée dominante était d'assurer le maintien du testament (*favor testamentorum*), au risque de méconnaître la volonté du disposant. Cette orientation nouvelle de la jurisprudence est la conséquence du changement qui s'est produit dans les mœurs quant à l'usage et au but pratique du testament.

Anciennement le testament n'était usité qu'à défaut d'héritier domestique ou lorsque cet héritier avait démérité (I, 193). Le père de famille avait le devoir de choisir la personne la plus digne pour continuer sa maison et son culte. Le rôle de la

(1) Ulp., 5 ad Sab., D., XXIX, 1, 6.
(2) Trajan, ap. Flor., 10 Inst., D., XXIX, 1, 24.
(3) Marcel., 1 Resp., D., XXIX, 1, 25 ; Macer., 2 Milit., *eod.*, 26.
(4) P. 52, 3. 8 Resp., D., XXXV, 1, 101 pr. : *In conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oportet.*

jurisprudence fut d'assurer l'efficacité du choix fait par le testateur, et pour cela elle dut faire abstraction des clauses du testament qui auraient pu y porter obstacle. Elle ne pouvait admettre à la succession les agnats que le testateur avait exclus de l'honneur d'une institution. Elle devait sacrifier à tout prix les clauses dont l'exécution aurait amené le concours des héritiers *ab* intestat. Parmi les dernières volontés du défunt, l'institution d'héritier, le choix d'un représentant était la partie essentielle. Tout le reste était secondaire et ne méritait d'être exécuté que s'il n'y avait rien de contraire au but principal du testament.

Après la décadence des cultes domestiques et sous le régime de la propriété individuelle, le point de vue s'est modifié. La règle antique a été maintenue, mais plutôt en la forme. Toutes les volontés du testateur, en tant qu'elles ne sont ni impossibles, ni illicites, ni immorales, paraissent également respectables : la jurisprudence s'efforça d'en assurer l'efficacité. Elle ne fit d'ailleurs que suivre le courant de l'opinion publique : au I[er] siècle de notre ère, les bons citoyens considéraient comme un cas de conscience d'accomplir les dernières volontés d'un mourant, alors même qu'elles n'avaient pas été régulièrement exprimées (1). Une lettre de Pline (2) fait ressortir le contraste qui existait sous Trajan entre les usages des honnêtes gens et le droit strict en matière de testament. Les jurisconsultes du siècle des Antonins sont entrés dans la voie nouvelle qui leur était tracée par la pratique (3). Certes ils n'ont pas rompu brusquement avec l'ancien mode d'interprétation : en bien des points, les règles anciennes subsistent (4), mais la tendance est de prendre en considération la volonté du testateur (5), et la doctrine, qui en assure l'efficacité, reçoit toute son ampleur au temps de Papinien et des Sévères (6).

III. Conditions de validité des testaments. — Ces conditions sont relatives soit à la capacité du testateur, de l'institué et des témoins, soit à la façon dont l'institution doit être faite.

§ 1[er]. *Testamenti factio.* — L'expression *testamenti factio* désigne la capacité de prendre part à un testament ou de bénéficier

(1) Voir pour les codicilles, p. 652, et pour les fidéicommis, p. 673.
(2) *Ep.*, IV, 10 ; V, 7 : *Mihi autem defuncti voluntas antiquior jure est.*
(3) Exemples : Cels., ap. Ulp., 32 ad Sab., D., XXIV, 1, 5, 15 ; 20 Dig., D., XXIX, 7, 18; Jul., 37 Dig., *eod.*, 2, 4; Scæv., 19 Dig., D., XXXVI, 1, 76; Marcel., 22 Dig., D., XXXIX, 5, 20, 1.
(4) Exemples : Jul., ap. Gaium, 1 ad Ed. prov., D., XXX, 68, 3.
(5) C'est commettre un dol, dit Julien, que de réclamer l'exécution d'un legs contrairement à l'intention du testateur (ap. Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 4, 4, 77).
(6) Cf. pour cette période, Costa, *Papiniano*, t. III, 50.

de ses dispositions ; elle est exigée chez le testateur et ses témoins, chez l'institué et les légataires (1).

Anciennement, dans le testament par mancipation, la *testamenti factio* fut une conséquence du *jus commercii :* ceux-là seuls qui jouissaient de ce droit pouvaient jouer le rôle de mancipant ou de *familiæ emptor*, de *libripens* ou de témoins. Mais cette règle n'a pas été appliquée, dans le testament *per æs et libram*, à l'institué qui reste étranger à la confection du testament.

1° *Capacité du testateur.* — Pour faire un testament valable, il faut avoir le droit de tester et la capacité de l'exercer.

Le droit de tester est réservé aux citoyens romains *sui juris* (2). Il est refusé aux pérégrins, aux déditices, aux Latins juniens (p. 149), aux déportés (3). Il est également refusé à titre de peine aux *intestabiles*, et à ceux qui ont été condamnés à combattre dans l'arène ou à travailler dans les mines (4). Par exception le fils de famille militaire, bien que *alieni juris*, peut tester sur son pécule *castrense;* l'esclave public, jusqu'à concurrence de la moitié de son pécule (p. 123, 3; 131, 1).

Pour avoir le droit de tester, il ne suffit pas d'être citoyen romain et *sui juris*, il faut en avoir conscience : celui qui serait *sui juris* sans en être sûr ne pourrait faire un testament valable (5).

Certaines personnes ont le droit de tester, mais sont en fait incapables de l'exercer : les impubères (6), les fous (7), les prodigues (p. 166, 3). Elles n'ont pas de volonté ou leur volonté est trop faible. D'autres, comme les muets ou les sourds, sont incapables parce qu'elles ne peuvent prononcer ou entendre les paroles

(1) Gaius, II, 114; Pomp., Reg., D., XXVIII, 1, 16 pr.

(2) Pap., 14 Quæst., D., XXVIII, 1, 3 : *Testamenti factio non privati sed publici juris est.* Les femmes *sui juris* auraient dû être capables de tester avec l'*auctoritas* de leur tuteur depuis que le testament se faisait par mancipation. Cette conséquence fut admise pour les affranchies, mais non pour les ingénues. Il y avait entre elles cette différence que l'affranchie a pour tuteur son patron, tandis que l'ingénue a souvent un tuteur testamentaire qui peut n'avoir aucun droit à la succession *ab* intestat à titre d'agnat. L'*auctoritas* de ce tuteur parut insuffisante pour protéger les droits de la famille agnatique. Les idées se modifièrent lorsque le système successoral des Douze Tables commença à être délaissé : la pratique imagina l'expédient de la *coemptio* fiduciaire qui transformait l'ingénue en une affranchie. Un Sc. du temps d'Hadrien dispensa les femmes de cette formalité ; elles furent dès lors capables de tester *tutore auctore* (I, 563, 2; II, 94, 4).

(3) Ulp., 1 Fid., D., XXXII, 1, 2 et 3.

(4) T. Ier, 255, 10. Gaius, 17 ad Ed. prov., D., XXVIII, 1, 8, 4.

(5) Anton. P., ap. Ulp., 12 ad Ed., D., XXVIII, 1, 15; Paul, 2 Reg., *eod.*, 14.

(6) Le terme de l'impuberté fut ici de bonne heure fixé à quatorze ans (Gaius, II, 113 ; Alex., C., VII, 64, 2). La doctrine Sabinienne sur l'*habitus corporis* était inapplicable (cf. Collinet, *Nouv. Rev. hist.*, XXIV, 369.)

(7) Marcel., ap. Pomp., *eod.*, 16, 1.

consacrées (I, 522, 2) ; mais elles peuvent être relevées de cette incapacité par la faveur du prince (1).

Entre la capacité de droit et la capacité de fait, il y a cette différence : la première est exigée à deux époques, lors de la confection du testament et lors du décès ; la seconde n'est requise que pour la confection du testament.

2° *Capacité des témoins.* — Pour être témoin d'un testament, pour jouer le rôle de porte-balance ou de *familiæ emptor,* il faut, en principe, la même capacité que pour tester. Par exception, les Latins Juniens (p. 149, 5), les citoyens *alieni juris* peuvent prendre part à un testament, bien qu'ils soient incapables de tester. A l'inverse, une personne capable de tester ne peut être témoin du testament où elle est instituée héritière ; il en serait de même d'une personne placée sous sa puissance ou sous la puissance du testateur ou du *familiæ emptor* (I, 522, 2). Enfin le *paterfamilias* de l'héritier ne pourrait non plus être témoin ou *libripens.* Mais celui qui a été prié d'écrire le testament peut en même temps servir de témoin (2).

3° *Capacité de l'institué.* — On peut instituer un citoyen romain même *alieni juris ;* on peut aussi instituer l'esclave d'un citoyen romain (I, 543). Sont incapables les pérégrins, mais non les Latins qui ont le *commercium,* ainsi que les Latins Juniens. Sont aussi incapables les personnes incertaines et les personnes juridiques : les premières, parce que l'institution d'un héritier implique un choix, une préférence, et que le testateur ne se conforme pas à cette règle lorsqu'il institue par exemple la première personne qui viendra à ses obsèques (3) ; les secondes, parce que, dit Ulpien, elles forment un *incertum corpus* et n'ont pas d'existence réelle, et par suite sont dans l'impossibilité de faire adition d'hérédité (4). Cette règle fut appliquée aux municipes, aux corporations, aux divinités (5), mais non au peuple romain (6) : il est vraisemblable que ce sont des raisons d'ordre politique plutôt que des raisons de droit qui firent refuser aux municipes et aux corporations la capacité d'hériter. Aussi lorsque l'autorité des empereurs se fut affermie, la règle reçut diverses atténuations (p. 176).

La capacité de l'héritier institué doit exister à trois épo-

(1) Macer., 1 ad l. vic., *eod.*, 7.
(2) Cels., 15 Dig., D., XXVIII, 1, 27.
(3) Ulp., XXII, 4 ; 5 ad Sab., D., XXVIII, 5, 9, 9.
(4) Cf. Savigny, *System*, II, 301.
(5) Plin., *Ep.*, V, 7 ; Ulp., XXII, 5-6 ; Diocl., C., VI, 24, 6.
(6) Cic., *De leg. agr.*, II, 16, 41 ; Gell., I, 42.

ques (1) : 1° Lors de la confection du testament. Le testament qui instituerait un incapable serait entaché d'un vice originaire qu'un événement postérieur ne saurait effacer (2). 2° Lors du décès du testateur ou, si l'institution est conditionnelle, à l'arrivée de la condition (3). On n'a pas à se préoccuper d'une incapacité temporaire postérieure au testament et qui aurait cessé avant la mort du testateur : *media tempora non nocent* (4). 3° Dans l'intervalle qui sépare la délation de l'acquisition de l'hérédité. L'incapacité survenue avant l'adition rend le testament caduc (*desertum*), s'il n'y a pas d'autre institué.

§ 2. *Institution d'héritier.* — L'institution d'héritier est, dit Gaius, *velut caput et fundamentum totius testamenti* (5). Le sort de toutes les autres dispositions en dépend (6).

L'institution d'héritier doit être formelle : le testateur doit, comme un législateur, exprimer sa volonté d'une manière précise. On exigea même pendant longtemps la formule impérative : *Titius heres esto* (7). La désignation de l'héritier peut être réservée pour un codicille postérieur (8).

L'institution doit être universelle : c'est la conséquence de la règle qui exclut le concours d'héritiers *ab* intestat et testamentaires. *a*) L'héritier doit être institué pour le tout (*ex asse*) ; c'est un successeur universel. Il y aurait contradiction à limiter l'institution à une chose ou à une quantité déterminée. Une institution *ex re certa* devrait donc être nulle : mais Sabinus a fait admettre que l'on supprimerait la mention de la *res certa* (9). *b*) L'héritier doit être institué pour toujours : *semel heres, semper*

(1) Flor., 10 Inst., D., XXVIII, 5, 49, 1 : *Tria tempora inspicimus.*

(2) Jav., 10 *Ep.*, D., L, 17, 201.

(3) Suivant Dernburg (III, 59, 8), l'existence de l'héritier au décès du testateur ne serait pas nécessaire. Il se fonde sur ce qu'un esclave peut être institué par son maître *pure* et affranchi *ex die*. L'institution est valable bien qu'au décès du testateur, l'esclave n'ait pas encore la capacité juridique. Mais il y a là une exception admise pour une raison analogue à celle qui a été consacrée par la loi Ælia Sentia (p. 139, 9). Cf. Fadda, *Diritto ereditario*, I, 161.

(4) Ulp., 4 ad Sab., D., XXVIII, 5, 6, 2 ; Cels., 16 Dig., *eod.*, 60, 4.

(5) Gaius, II, 229 ; Mod., 2 Pand., D., XXVIII, 6, 1, 3.

(6) On en avait conclu que l'institution devait être écrite en tête du testament. Les Sabiniens tenaient pour non avenue toute clause qui aurait précédé l'institution. Mais les Proculiens refusaient d'appliquer cette règle à la nomination d'un tuteur qui ne pouvait être considérée comme une charge de l'hérédité (Gaius, II, 231). Trajan permit de commencer par une exhérédation (D., XXVIII, 5, 1 pr.).

(7) Gaius admet comme équivalente la formule : *Titium heredem esse jubeo* (II, 117).

(8) Pap., 17 Quæst., D., XXVIII, 5, 77.

(9) Cette opinion, dit Celsus (ap. Ulp., *eod.*, 9, 13), est très commode (*expeditissima*) : en cas de doute elle dispense de rechercher l'intention du testateur. Cf. Ulp., *eod.*, 1, 4 ; Pap., 6 Resp., D., XXVIII, 6, 41, 8.

heres (1). L'apposition d'un terme suspensif ou extinctif aurait pour effet de vicier le testament; mais ici, comme pour l'institution *ex re certa*, on supprime la mention du terme et l'institution est considérée comme pure et simple (2).

§ 3. *Conditions que l'on peut apposer à l'institution.* — La seule modalité que comporte l'institution d'héritier, c'est la condition *suspensive*. On n'a pas cru pouvoir ici, comme pour le terme suspensif, supprimer la condition : tandis que le terme prolonge la vacance de l'hérédité sans profit pour personne, la condition, particulièrement lorsqu'elle consiste en un fait qu'il dépend de l'héritier d'accomplir, comme la construction d'un tombeau, mérite d'être respectée. C'est le meilleur moyen que le testateur puisse employer pour assurer l'exécution de sa volonté. Aussi, toutes les fois qu'il s'agit d'une condition d'une nature différente (3), soit d'une condition casuelle, soit d'une condition potestative négative, l'institué est autorisé à prendre immédiatement possession des biens héréditaires. Dans le premier cas, le Préteur lui accorde à titre provisoire la *bonorum possessio secundum tabulas*, en lui faisant promettre de restituer les biens aux héritiers *ab* intestat si la condition vient à défaillir (4). Il en est de même dans le second, pour la condition de ne pas faire ; on a étendu à l'institution d'héritier l'application de la caution Mucienne établie en matière de legs. On transforme la condition de ne pas faire en une condition de ne pas contrevenir à la prohibition imposée par le testateur (5).

Les conditions de faire soulèvent parfois des difficultés d'interprétation ; on les résout par application du principe formulé

(1) Gaius, de casibus, D., XXVIII, 5, 89.
(2) Pap., 1 Defin., D., XXVIII, 5, 34.
(3) Cf. Pomp., 1 ad Sab., D., XXVIII, 5, 23, 1 et 2.
(4) Ulp., 77 ad Ed., D., II, 8, 12. Cf. p. 738.
(5) Cette extension remonte-t-elle à l'époque classique? Cela paraît fort douteux. On ne voit pas bien quel avantage il y avait à donner l'hérédité à qui pouvait obtenir la *b. p.*, on aperçoit plutôt des difficultés. A qui la caution devait-elle être fournie ? Aux cohéritiers, aux substitués, mais s'il n'y en a pas? Ces doutes se fortifient si l'on remarque que les textes relatifs à cette application de la caution Mucienne, se réduisent à trois ; or, Scialoja a établi (*Bull. d Ist. di d. R.*, XI, 269) que l'un d'eux a été interpolé (Gaius, D., XXXV, 1, 18, n'a pu dire d'un héritier *is cui aliquid relictum est*) ; l'autre (Ulp., *eod.*, 7) a été remanié : c'est la reproduction d'une décision de Labéon (D., XXVIII, 7, 20 pr.) qui ne faisait aucune allusion à notre caution ; le troisième (Jul., ap. Ulp., *eod.*, 4, 1) parle bien d'une caution, mais non de la caution Mucienne : la condition qui la motive est une condition perplexe et temporaire, et non une condition potestative négative qui retarde l'acquisition jusqu'au décès du gratifié. Il est donc probable que l'assimilation de l'institution au legs quant à la caution Mucienne est l'œuvre de Justinien. La *Nov.* (XXII, 44, 2-7) a réglé les difficultés soulevées par cette innovation et déterminé en quoi consistait la garantie de la caution.

par Papinien : on s'attache à l'intention plutôt qu'aux paroles du testateur. De là deux conséquences : 1° la condition qui n'est pas accomplie sans la faute de l'héritier est réputée accomplie ; 2° la condition de faire, qui dépend de la volonté de l'héritier et de celle d'un tiers, est réputée accomplie, lorsque, par le refus du tiers, elle ne peut se réaliser (1). — Le même principe a vraisemblablement conduit la jurisprudence à traiter comme une condition le *terme incertain* (2). On entend par là un événement qui arrivera sûrement, mais à une date indéterminée : la mort d'une personne (p. 662).

La condition suspensive, pour être valablement apposée à une institution d'héritier, doit être possible : la condition *impossible* a été, dès le temps de Cicéron, réputée non écrite (3). Cette décision se justifie par la faveur due aux testaments, par le désir d'empêcher le défunt de mourir intestat. Les Sabiniens en ont fait une règle de droit et l'ont appliquée aux legs.

Quant aux conditions *illicites* ou *immorales*, elles ont été pendant longtemps traitées autrement que les conditions impossibles : elles pouvaient être l'objet d'une *remissio* (4). Au IIIe siècle, une opinion plus radicale se fait jour : Marcien affirme que les conditions illicites, immorales ou dérisoires, apposées à une institution, sont réputées non écrites. C'est une grave innovation : jusqu'alors la remise de la condition devait être demandée au magistrat qui pouvait l'accorder ou la refuser, et dans ce dernier cas l'institution était nulle (5).

(1) Jul., 55 Dig., D., XXXV, 1, 24; Marcel., 12 Dig., D., XXVIII, 7, 23.

(2) Pap., 34 Quæst., D., XXXV, 1, 75 : *Dies incertus conditionem in testamento facit.* Instituer Primus pour le jour du décès de Secundus, c'est comme si l'on instituait Primus pour le cas où il survivrait à Secundus. Il faut en effet que Primus soit vivant et capable au décès de Secundus pour qu'il puisse profiter de l'institution (Pomp., 3 ad Q. Muc, *eod.*, 1, 2. Cf. Bufnoir, *Condition*, 9; Machelard, *Dissertations*, 542).

(3) Serv., ap. Alf., 2 Dig., ep. D., XXVIII, 5, 45; Lab., Sab., Cass., ap. Pomp., D., XXXV, 1, 6, 1. Le texte d'Alfenus pourrait faire croire que la règle a été formulée par Servius, mais la phrase *quia id quod impossibile in testamento scriptum esset, nullam vim haberet* n'a pu être écrite par ce jurisconsulte, Le mot *impossibilis* n'apparaît pas dans la langue latine avant Quintilien (III, 8, 25). Labéon (D., XXVIII, 7, 20 pr.) et Julien (D., XXX, 104, 1) emploient encore le mot ἀδύνατος. Cf. Scialoja, *Bull. d. Ist. di d. R.*, XIV, 214.

(4) Pomp., 5 ad Sab., D., XXVIII, 7, 7 : ... *Placet remitti iis conditionem, quia ad fraudem legum respiceret...* Paul, 45 ad Ed., *eod.*, 9 : *Conditiones quæ contra bonos mores inseruntur, remittendæ sunt...*

(5) L'idée première de ce pouvoir attribué au magistrat avait été consacrée par l'Edit. L'édit visait le cas où l'héritier avait été institué sous la condition de jurer d'accomplir certaines charges qui par elles-mêmes n'étaient pas obligatoires (Cic., 2a *in Verr.*, I, 47, 123, 124; Lab, ap. Jav., 1 poster., D., XXIX, 2, 62; Ulp., 50 ad Ed., D., XXVIII, 7, 8 pr.). La jurisprudence en étendit l'application aux conditions illicites ou immorales. Ce système avait l'avantage de permettre à un magis-

IV. Pluralité d'institutions. — Le testateur a la faculté d'instituer plusieurs héritiers soit simultanément (*coheredes*), soit l'un à défaut de l'autre (*substituti*).

§ 1er. *Institution* ex parte. — Les héritiers, institués simultanément, peuvent être appelés à une part distincte, égale ou inégale à celle de leurs cohéritiers ; ils peuvent aussi être appelés sans assignation de part. Dans le premier cas, le testateur doit veiller à ce que les diverses parts attribuées aux institués comprennent toute l'hérédité, et si la somme de ces parts est inférieure à l'unité, la fraction qui reste est attribuée aux institués proportionnellement à leur part héréditaire (1) ; l'excédent leur est enlevé dans le cas contraire.

En principe, le testateur est libre de faire de sa fortune autant de parts qu'il veut ; mais dans l'usage, l'hérédité se divise, comme la livre romaine (*as*), en 12 onces. Le testateur est présumé s'être conformé à l'usage toutes les fois qu'il a négligé d'indiquer les parts de tous les héritiers. Si le nombre de douzièmes assignés à quelques-uns des héritiers est égal ou supérieur à 12, le testateur est présumé avoir divisé son hérédité en deux *as* au lieu d'un, en 24 onces au lieu de 12 (2).

§ 2. *Institution* ex re certa. — Si le testateur a institué plusieurs héritiers, chacun pour une chose déterminée, la jurisprudence s'est efforcée de concilier les exigences de la loi avec le respect dû à la volonté du défunt. Elle considère les institutions comme faites sans réserve (3) ; par suite elles sont valables et les héritiers se partageront également l'hérédité tout entière. Mais le juge de l'action en partage devra attribuer à chacun d'eux (4) la chose que le testateur a entendu lui donner, soit en l'imputant sur sa part, soit, si elle a une valeur supérieure, comme s'il existait un legs par préciput à son profit. Cette attribution ne

trat consciencieux d'examiner si le testateur avait ou non entendu disposer sérieusement. Cette sage réserve n'a pas été maintenue au IIIe siècle. Peut-être les magistrats de cette époque avaient-ils cessé d'user de leur droit, et accordaient-ils, les yeux fermés, la remise des conditions illicites ou immorales. On trouva dès lors plus simple de se passer de l'intervention du magistrat et de réputer la condition non écrite (cf. Hofmann, *Krit. Studien*, p. 161). Cette règle trop absolue a été plus d'une fois écartée dans la pratique; on a dû rechercher si le testateur jouissait de toute sa raison (Mod., 8 Resp., D., XXVIII, 7, 27).

(1) Ulp., 7 ad Sab., D., XXVIII, 5, 13, 2-4.

(2) Sab., ap. Paul, 1 ad Vitell., *eod.*, 18. Ces difficultés et autres semblables furent examinées en détail et résolues à la fin de la République et au début de l'Empire. Cf. Serv., ap. Ulp., *eod.*, 17, 2; Treb., *eod.*, 13, 7 ; Ofil., *eod.*, 17, 5; Lab., *eod.*, 13 pr., 5, 6; 17 pr., 4, 5; Peg., Ariston., *eod.*, 19; Jav., *eod.*, 14.

(3) Sab., ap. Paul, 1 ad Sab., *eod.*, 10; Proc., ap. Jav., 7 *Ep.*, *eod.*, 11.

(4) Ulp., 4 Disp., *eod.*, 35. Papinien (6 Resp., *eod.*, 79) prévoit le cas où la *res certa*, au lieu d'être une chose corporelle, consiste en une *universitas juris*,

modifiera d'ailleurs en rien la situation de chacun des héritiers vis-à-vis des créanciers de la succession (1).

§ 3. *Accroissement entre cohéritiers.* — De même que dans l'institution *ex re certa*, on supprime la mention de la *res* pour éviter le concours des héritiers testamentaires et *ab* intestat, de même lorsque l'un de plusieurs institués vient à faire défaut, tout se passe comme s'il n'avait pas été nommé dans le testament, comme si l'hérédité tout entière avait été laissée à son cohéritier (2). L'héritier qui accepte la succession profite de la part caduque de son cohéritier. Il y a pour lui un *jus adcrescendi* fondé, non pas sur la volonté du testateur dont on ne tient pas compte, mais sur la règle de droit qui interdit le concours des héritiers testamentaires et *ab* intestat. Chaque héritier institué même pour la part la plus minime, est appelé éventuellement à devenir le successeur universel du testateur (3).

Il dépend toutefois du testateur de modifier l'application du droit d'accroissement en instituant *conjunctim* deux ou plusieurs de ses cohéritiers. Dans ce cas la part caduque de l'un d'eux profite exclusivement au cohéritier qui lui a été conjoint. La *conjunctio* confère un droit de préférence : telle est la règle que les Proculiens firent prévaloir (4). La *conjunctio* peut avoir lieu de trois manières : 1° lorsque le testateur appelle deux de ses héritiers à une même part de la succession et par une même phrase ; c'est la *conjunctio re et verbis* (5) ; 2° lorsque ces deux héritiers sont appelés à une même part par deux phrases distinctes : c'est la *conjunctio re tantum* (6) ; 3° lorsque deux des héritiers sont institués dans une même phrase, on présume qu'ils sont appelés à la même part : *conjunctio verbis* (7).

Si le testateur peut, dans la mesure qui vient d'être indiquée, modifier les effets de l'accroissement, il ne dépend pas de lui de l'écarter d'une manière absolue. Il ne dépend pas davantage de l'héritier qui doit en profiter d'y renoncer. L'accroissement est

(1) Cf. Pellat, *Textes choisis*, p. 328. Il en est autrement sous Justinien : l'institué *ex re certa* est traité comme un légataire (C., VI, 24, 13).

(2) Cels., 35 Dig., D., XXXII, 80 : *Totam hereditatem... singulis datam esse : partes autem concursu fieri.*

(3) Cf. Machelard, *Dissertation sur l'accroissement*, p. 6.

(4) Lab., ap. Ulp., *eod.*, 17, 4 ; Proc., ap. Jav., *eod.*, 11 ; ap. Cels., *eod.*, 59, 2.

(5) Paul, 6 ad l. Jul. Pap., D., L, 16, 142 : *Conjuncti sunt, quos et nominum et rei complexus jungit, veluti : Titius et Mævius ex parte dimidia heredes sunto.*

(6) La question était encore douteuse au temps de Julien (Ulp., 7 ad Sab., D., XVIII, 6, 15 : *Dubitari posse, utrum in tres semisses dividere voluit hereditatem, an vero in unum semissem Seium et Sempronium conjungere. Quod est verius...*).

(7) Proc. ap. Cels., D., XXVIII, 5, 59, 2 : *Titius heres esto ; Seius et Mævius heredes sunto. Verum est, duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur...* Il en est autrement dans les cas cités par Pomp., ap. Q. Muc., *eod.*, 66.

forcé (1) ; l'accroissement s'opère même après le décès de l'institué qui a accepté la succession : cet institué est censé avoir acquis en même temps la part caduque et celle qui lui était déférée, par suite ses héritiers profiteront de l'accroissement : *Portio portioni adcrescit* (2). Mais l'accroissement n'entraîne pas la charge des legs et fidéicommis qui grevaient la part caduque : il a lieu *sine onere* (3). Cette dernière règle fut abandonnée au IIIe siècle, par application d'un rescrit de Sévère et Caracalla qui avait imposé au substitué les charges dont l'institué était grevé (4).

§ 4. *Substitutions.* — Le testateur peut instituer plusieurs héritiers non plus simultanément, mais l'un à défaut de l'autre : à côté de l'institution, il fait une ou plusieurs substitutions. Au décès du testateur, la succession sera offerte à l'héritier institué : s'il ne peut ou ne veut l'accepter, on l'offrira à celui qui a été désigné en seconde ligne, au substitué ; à défaut de celui-ci, on appellera l'héritier désigné en troisième ligne, et ainsi de suite (5). En multipliant les substitutions, le testateur diminue ses chances de mourir intestat (6).

1° *Substitution vulgaire.* — La substitution est une institution conditionnelle (7) ; elle est soumise à toutes les règles applicables aux institutions. Elle se combine ordinairement avec une *cretio vulgaris* : la substitution s'ouvre si l'institué n'a pas fait la *cretio* dans les 100 jours. Anciennement, alors qu'on s'attachait surtout aux termes employés par le testateur, on n'admettait pas d'équivalent à la *cretio*. Mais lorsqu'on posa en principe qu'il y avait lieu de tenir compte de l'intention du testateur, on admit, dans le cas où la *cretio* n'était pas suivie d'une clause d'exhérédation (*cretio imperfecta*), qu'un acte de gestion suffirait pour exclure le substitué (8). Par application de la règle nou-

(1) Jav., 4 *Ep.*, D., XXIX, 2, 76 pr. ; Gaius, *eod.*, 63, 1 ; Ulp., *eod.*, 35 pr. Cf. sur les exceptions à cette règle, Machelard, p. 12, 1.

(2) Jul., 82 Dig., D., XXXV, 1, 26, 1 ; cf. Paul, D., XXIX, 2, 80, 2.

(3) Cels., 36 Dig., D., XXXI, 29, 2 ; Jul., ap. Ulp., 18 ad l. Jul., *eod.*, 61, 1.

(4) Ulp., 4 Disp., D, XXX, 74. Ulpien en conclut que l'héritier qui profitait de l'accroissement devait être traité de même, parce qu'il était *quasi substitutus* (D., XXXI, 61, 1 ; Paul, *eod.*, 49, 4).

(5) Gaius, II, 176 ; Mod., 2 Pand., D., XXVIII, 6, 1 pr. ; Marc., 4 Inst., *eod.*, 36 ; Ulp., 45 ad Ed., D., XXIX, 1, 13, 4.

(6) Cf. le testament de Dasumius de l'an 108 : *C. I. L.*, VI, 10229.

(7) Paul, ad leg. Falcid., D., XXXV, 2, 1, 13 ; Gaius, II, 174.

(8) Sabinus avait proposé de distinguer suivant que l'acte de gestion avait eu lieu pendant ou après le délai de la *cretio* : dans le premier cas, le substitué était exclu ; dans le second, il venait en concours avec l'institué (Gaius, II, 178). C'était une sorte de transaction entre la règle ancienne et la règle nouvelle (Voir une décision analogue rendue par Tibère, et inspirée sans doute par Sabinus qui jouissait d'un grand crédit auprès de cet empereur. Pomp., 12 ex var. lect., D., XXVIII, 5, 42 ; cf. Jul., 30 Dig., *eod.*, 40). Marc-Aurèle a écarté cette distinction (Ulp., XXII, 34).

velle sur l'interprétation des institutions conditionnelles, Sévère et Caracalla décidèrent que le substitué d'un substitué serait présumé substitué à l'institué (1). Exceptionnellement, le substitué passait avant l'institué lorsque le testateur mort insolvable avait institué un de ses esclaves en lui donnant la liberté et lui avait substitué un homme libre. La loi Ælia Sentia n'admet l'affranchissement testamentaire fait en fraude des créanciers, que si nul autre héritier ne peut venir à la succession en vertu du testament (2).

La substitution dont il vient d'être parlé, a été qualifiée *vulgaire* pour la distinguer d'une autre espèce de substitution qu'on appelle *pupillaire*. La première peut être faite par tout testateur; la seconde est un attribut de la puissance paternelle (3).

2° *Substitution pupillaire*. — Envisagée à la fin de l'époque classique, la substitution pupillaire est la clause par laquelle un père de famille désigne dans son testament l'héritier de son fils impubère (4) pour le cas où cet enfant viendrait à mourir avant d'arriver à l'âge de la puberté (5). C'est un moyen d'atténuer l'inconvénient de la règle qui déclare un impubère incapable de tester. Il y a là une double anomalie : *a*) En règle générale, il n'est pas permis de tester pour autrui; le testament est l'expression de la volonté de celui à qui les biens appartiennent. Ici le père fait le testament de son fils; *b*) la substitution est, comme son nom l'indique, une institution en sous-ordre. La substitution pupillaire n'est à vrai dire qu'une institution. Le substitué n'est pas appelé à défaut de l'institué : il est le seul institué, le seul héritier du fils. Ces anomalies s'expliquent historiquement.

A. *Notion antique*. — La substitution pupillaire du droit classique n'est qu'une image défigurée de ce qu'elle était à l'époque antérieure. La substitution pupillaire a dû être une substitution avant de devenir une simple institution. En général, le père instituait son fils et lui substituait un tiers qui était à la fois substitué vulgaire et substitué pupillaire : substitué vulgaire,

(1) Inst., II, 15, 3. Cette décision, déjà proposée par Julien (30 Dig., D., XXVIII, 6, 27), n'était admise par d'autres jurisconsultes que sous certaines distinctions que Papinien (6 Resp., *eod.*, 41) fait connaître, et qui rappellent l'époque où l'on attachait plus d'importance aux paroles qu'à l'intention du testateur.

(2) P. 140. Paul, 57 ad Ed., D., XXVIII, 5, 57.

(3) Gaius, II, 181; Pomp., 2 ad Sab., D., XXVIII, 6, 14.

(4) Ou posthume : Ulp., 6 ad Sab., D., XXVIII, 6, 2 pr.

(5) La mère n'ayant pas la puissance paternelle ne peut faire de substitution pupillaire : elle peut seulement instituer son fils sous la condition qu'il atteindra l'âge de la puberté, et dans le cas contraire faire une substitution vulgaire (Afric., 2 Quæst., *eod.*, 33 pr.). Mais ici le substitué n'aura pas droit aux biens acquis par le fils depuis la mort de sa mère.

si le fils mourait avant son père ; substitué pupillaire, s'il mourait après, mais encore impubère. Il y avait double substitution (1).

Deux faits prouvent qu'anciennement on ne considérait pas le père comme faisant le testament d'autrui : *a*) il ne peut faire une substitution pupillaire sans faire son propre testament (2). Cette condition n'aurait pas de raison d'être si l'on ne considérait les biens du fils comme se confondant avec ceux du père (3). *b*) Toute personne qui aura vis-à-vis du père la qualité d'héritier nécessaire sera également l'héritier nécessaire du fils : tel sera par exemple le frère de l'impubère (4).

Cette façon d'envisager la substitution pupillaire est un vestige du régime de la propriété familiale ; le fils n'avait d'autre patrimoine que celui qu'il héritait de son père ; et l'on n'avait pas à prévoir, tant qu'il restait impubère, une acquisition de biens d'une autre provenance. Après l'introduction du régime de la propriété individuelle, il arriva parfois que le fils acquérait, après la mort du père et avant la puberté, des biens adventices. Devait-on les attribuer aux agnats comme une succession *ab* intestat? Devait-on les attribuer au substitué désigné par le père, comme un accessoire de l'hérédité paternelle? La question fut discutée au temps de Cicéron, et résolue en faveur du substitué. Il parut impossible de faire abstraction ici de la personne du fils, et dès lors on fut forcé d'appliquer la règle qui interdit le concours des héritiers *ab* intestat et testamentaires. Tel fut le point de départ du changement qui s'est produit dans la notion de la substitution pupillaire.

B. *Notion classique*. — Au lieu de considérer le père comme disposant de ses propres biens, on admet qu'il fait par anticipation le testament de son fils. C'était la seule manière de justifier théoriquement l'attribution des biens adventices au substitué. Ce changement coïncida avec l'introduction d'un nouveau mode d'interprétation des testaments (5) : au temps de Cicéron et précisément à l'occasion d'un procès relatif à une substitu-

(1) Cic., *De inv.*, II, 42 ; Ulp., *l. c.*, 2, 5 ; Mod., 2 Pand., *eod.*, 1, 1. Cet usage est confirmé par certaines locutions qui se sont maintenues à l'époque classique : *Heredis substitutio duplex* (Mod., *loc. cit.*) ; *in utrumque casum, in utrumque eventum substituere* (Ulp., *eod.*, 4 pr.), par opposition à *in vulgarem tantummodo casum substituere*.

(2) Mod., D., XXVIII, 6, 1, 3.

(3) Cf. la formule rapportée par Cic., *De inv.*, II, 42 : *Tum mihi secundus heres esto*. Papinien lui-même parlant des legs imposés au substitué pupillaire, dit : *Pater legavit de suo* (29 Quæst., D., XXXV, 2, 11, 5). Cf. Costa, *Papiniano*, II, 145.

(4) Carac., ap. Ulp., 6 ad Sab., *eod.*, 2, 4 ; Ulp., 4 ad Sab., *eod.*, 10, 1.

(5) Marcel., 11 Dig., D., XXXIV, 5, 24 ; cf. Scæv., 3 Resp., D., XXXI, 88, 17.

tion pupillaire, P. Crassus soutint contre Q. Mucius, qu'il fallait s'attacher à l'intention du testateur plutôt qu'à la lettre du testament; il fit prévaloir cette opinion dans la célèbre *causa Curiana* (1). Il s'agissait de savoir si le substitué pupillaire du fils devait être présumé substitué vulgaire du père. La réciproque fut admise par Marc-Aurèle et Verus (2). Cette double présomption est facile à justifier : dans les deux cas, le testateur a manifesté la volonté de préférer le substitué à tout autre qu'à son fils. On en a conclu dans le premier cas qu'il fallait l'appeler à la succession du père à défaut du fils; dans le second, qu'il fallait lui donner la succession du fils mort impubère.

Le double changement qui se produisit au temps de Cicéron dans la notion et dans l'interprétation de la substitution pupillaire, entraîna quelques conséquences importantes : *a*) Le substitué pupillaire put être appelé à une succession composée exclusivement de biens adventices. *b*) Le père conserva le droit de nommer un substitué pupillaire, dans le cas même où il exhérédait son fils (3). *c*) L'hérédité du père et celle du fils furent traitées comme deux hérédités distinctes (4). A tous autres égards, le droit antérieur fut maintenu.

C. *Survivance partielle de la notion antique.* — *a*) Le testament du fils est considéré comme un accessoire du testament paternel. Ordinairement il est contenu dans le même acte, et l'on n'a pas besoin d'observer deux fois les formes prescrites pour la confection d'un testament. *b*) La désignation du substitué doit, à peine de nullité, être écrite après celle de l'institué (5). Mais on peut faire la substitution par un acte postérieur et distinct (6), et il était prudent de le faire pour assurer le secret des dispositions relatives à l'hérédité du fils : on n'avait pas à craindre que le substitué ne cédât à la tentation de hâter la mort de l'enfant pour recueillir sa succession (7). *c*) Si en fait il y a souvent deux testaments, en droit il n'y en a jamais qu'un (8) : si

(1) Cic., *De or.*, I, 39; Quintil., VII, 6; Ulp., D., XXVIII, 6, 4 pr.
(3) Gaius, II, 182; Ulp., 4 ad Sab., *eod.*, 10, 5.
(4) Ulp., 6 ad Sab., *eod.*, 2, 4; 49 ad Sab., D., XXVIII, 4, 2, 2.
(5) Telle est du moins la doctrine d'Ulpien. Il en conclut que si plusieurs personnes sont appelées à la succession du père comme instituées, à celle du fils comme substituées, l'acceptation de la première ne leur confère pas sur l'hérédité du fils un droit transmissible, la substitution ne s'ouvrira qu'au profit des survivants. Un siècle plus tôt Neratius enseignait le contraire (2 Membr., D., XXIX, 2, 59).
(6) Pomp., 3 ad Sab., D., XXVIII, 6, 16, 1. Même en la forme nuncupative, alors que le testament paternel est écrit (Ulp., 16 ad Sab., *eod.*, 20, 1).
(7) Cic., *p. Cluent.*, 11; Gaius, II, 181.
(8) Marcel., ap. Ulp., 16 ad Sab., *eod.*, 20 pr. C'est une doctrine Sabinienne : Jav., 1 *Ep.*, D., XLII, 5, 28.

le testament du père tombe, celui du fils tombe en même temps (1) ; mais si le testament conserve quelque effet, cela suffit pour que la substitution soit maintenue (2). *d*) On trouve encore quelques applications de la conception antique de l'unité des deux hérédités : si une même personne est appelée à la succession du père comme instituée et à celle du fils comme substituée, elle ne peut pas accepter celle du père et répudier celle du fils (3). *e*) La substitution pupillaire perd toute valeur lorsque l'enfant atteint l'âge de la puberté, à moins que le testateur n'ait fixé une limite antérieure. De même, si l'enfant sort de la puissance de son père du vivant du testateur (4).

En somme, la substitution pupillaire procède d'une pensée analogue à celle qui a fait établir la tutelle testamentaire. Dans les deux cas, la puissance paternelle se survit à elle-même jusqu'à l'époque de la puberté (5). Dans les deux cas, le chef de famille se préoccupe du sort de ses biens après son décès : pour qu'ils ne dépérissent pas aux mains d'un enfant incapable, il en confie la garde à un tuteur ; pour qu'ils ne tombent pas aux mains d'un agnat peu digne de les recueillir, si l'enfant meurt avant d'être pubère, il désigne par avance l'héritier de son fils.

V. Infirmation des testaments. — Jusqu'à la mort du testateur, le testament est un simple projet. C'est un acte révocable et fragile qui peut être infirmé soit par la volonté de son auteur (6), soit par des faits indépendants de sa volonté.

§ 1er. *Révocation du testament.* — Anciennement il n'y avait qu'une seule manière de révoquer un testament : c'était d'en

(1) Ulp., 6 ad Sab., D., XXVIII, 6, 2 pr., 1.

(2) Ulp., 14 ad Ed., D., V, 2, 8, 2. Ulpien fait observer ici que le testament ne peut être attaqué comme inofficieux : ni par les légitimaires du fils, car il n'est pas l'œuvre du fils, ni par ceux du père, car c'est le testament du fils.

(3) Nerat., *loc. cit.* Cette conséquence a été consacrée par Justinien (C., VI, 30, 20). D'après Julien, celui qui est seulement substitué au fils du testateur appelé à la succession paternelle, ne peut pas refuser de payer les dettes du père lorsque le fils n'a pas usé du bénéfice d'abstention (Jav., 1 D., XLII, 5, 28 : *Hereditas et patris et filii una est.* Jul., ap. Ulp., D., XXIX, 2, 42 pr.). Mais cette conséquence a été repoussée par Marcellus et Ulpien : l'intérêt du pupille commande de ne pas décourager le substitué pupillaire qui hésitera à accepter la succession s'il est exposé à payer les dettes grevant l'hérédité paternelle.

(4) Pomp., D., XXVIII, 6, 14 ; Ulp , *eod.*, 21 ; *eod.*, 41 ; Pap., 2. Au Bas-Empire, le substitué qui, dans l'année du décès, n'a pas fait nommer un tuteur à l'impubère, est déchu de son droit (Theod. II, C., VI, 58, 10).

(5) Paul, 9 Quæst., *eod.*, 43 pr. Le droit reconnu au père de faire par avance le testament de son fils impubère fut, au IIIe siècle, exceptionnellement étendu, en vertu d'une autorisation spéciale du prince, au cas où le fils serait pubère, mais incapable en fait de tester. C'est l'origine de la substitution quasi-pupillaire.

(6) Ulp., 33 ad Sab., D., XXXIV, 4, 4 : *Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitæ supremum exitum.*

faire un second (1). C'était une application de la règle d'après laquelle pour détruire un acte il faut observer les mêmes formes que pour le réaliser. La confection de ce nouveau testament (2) infirmait de plein droit le premier : il n'était pas nécessaire que le testateur exprimât sa volonté de révoquer. Il n'était même pas nécessaire que le nouveau testament produisit aucun effet, il suffisait qu'il fût valable. Il y a même un cas où un testament irrégulier en la forme révoque le testament antérieur : lorsqu'il institue un héritier *ab* intestat (3).

A l'époque classique, où l'on s'efforce de tenir compte de la volonté du testateur, on a admis d'autres modes de révocation du testament : si le testateur détruit ou jette au feu ses tablettes, le testament n'en subsiste pas moins en droit strict, car c'est un acte juridique et non un acte matériel; il en est de même si le testateur a rayé sur ses tablettes le nom de l'héritier. Mais en fait le testateur a certainement changé d'idée, et il serait excessif de ne pas donner effet à sa volonté par cela seul qu'il ne l'a pas exprimée dans la forme requise (4). De même si le testament a été rédigé en plusieurs exemplaires, il suffit que le testateur en ait détruit un pour qu'on puisse y voir la preuve d'un changement de volonté (5). A l'inverse, la confection d'un second testament ne révoque plus nécessairement le premier si le testateur a cru que l'héritier qu'il avait institué était mort (6), ou s'il a détruit le second testament dans l'intention de faire revivre le premier (7). Le Préteur donnera à l'héritier désigné dans ce testament la *bonorum possessio secundum tabulas* (8).

§ 2. *Capitis deminutio.* — Le testament est infirmé lorsqu'après sa confection le testateur subit une *capitis deminutio* (9). Il en est de même d'une *capitis deminutio media* subie par l'institué : elle lui fait perdre la qualité de citoyen. La *maxima c. d.* n'a pas cet effet, à moins que l'institué ne soit *servus*

(1) T. I[er], 544; POMP., 2 ad Q. Muc., D., XXVIII, 3, 16.
(2) Il ne suffit pas que l'acte ait l'apparence d'un testament (ULP., 46 ad Ed., *eod.*, 11).
(3) ULP., 2 ad Sab., *eod.*, 2. Même décision pour un testament militaire.
(4) GAIUS, II, 151. Telle était déjà l'opinion de Julien (24 Dig., D , XXXVII, 11, 8, 3). Cf. ULP., 41, 44 ad Ed., *eod.*, 2, 7; D., XXXVIII, 6, 1, 8. Le nom de l'héritier doit être réputé non écrit. Cette opinion plus humaine a été consacrée par un décret de Marc-Aurèle de l'an 166 (MARCEL., 29 Dig., D., XXVIII, 4, 3).
(5) P. 584, 3. PAUL., in PAP., 6 Resp., D., XXVIII, 4.
(6) PAUL, Imper. sent., D., XXVIII, 5, 92. L'héritier sera tenu d'acquitter les legs contenus dans les deux testaments.
(7) PAP., 13 Quæst., D., XXXVII, 11, 11, 2.
(8) Cette *B. P.* était *cum re* lorsque l'institué était l'héritier *ab* intestat. GAIUS, II, 149.
(9) GAIUS, II, 145 ; ULP., 10 ad Sab., D., XXVIII, 3, 6, § 5 et 6.

pœnæ (1), car on peut instituer un esclave dont le maître a la *testamenti factio* avec le testateur. — L'infirmation du testament par la *c. d.* du testateur n'est pas définitive : si le testateur recouvre sa capacité, le Préteur donne effet au testament en accordant à l'institué la *B. P. secundum tabulas* (2). Il exige toutefois, lorsque la *c. d.* résulte d'un acte volontaire comme l'adrogation, que l'adrogé, redevenu *sui juris*, manifeste sa volonté de maintenir son testament (3).

§ 3. *Survenance d'un héritier sien.* — La naissance d'un posthume, l'entrée dans la famille d'un fils adoptif, d'une femme *in manu,* entraînent la rupture du testament (I, 539, 1).

Telles sont les causes d'infirmation des testaments : il ne faut pas les confondre avec les causes de nullité. Le testament est nul lorsqu'il ne satisfait pas aux conditions de forme et de fond qui sont prescrites. Il est infirmé lorsqu'une des conditions requises pour sa validité disparaît entre le moment de sa confection et la mort du testateur, ou lorsque le testateur change de volonté. La distinction est importante : un testament nul n'a jamais eu de valeur; par suite il n'a aucune influence sur les dispositions prises antérieurement par le défunt. Un testament valablement fait, mais qui après sa confection est infirmé, suffit pour révoquer un testament antérieur (4).

VI. Restrictions a la liberté de tester. — Ces restrictions ont été établies d'abord dans l'intérêt de la famille, puis dans celui du patron; elles ont pour but de prévenir une omission ou une exhérédation injuste. Elles sont de deux sortes : les unes de pure forme, les autres touchant au fond du droit. Le droit civil et le droit prétorien refusent d'admettre une exhérédation par prétérition : l'exhérédation doit être formelle. La coutume est plus exigeante : elle veut que le testateur laisse à certaines personnes une portion de sa fortune. La règle du droit civil a pour sanction la nullité ou la rupture du testament; les règles du droit prétorien ou de la coutume ont pour sanction la rescision totale ou partielle du testament, au moyen de la *bonorum pos-*

(1) Sous réserve de la grâce accordée par le prince. (Ulp., 12 ad Sab., D., XXXVIII, 17, 1, 4). Voir notre art. Indulgentia (*Dict. des Antiq.*, V, 482).

(2) Cette *B. P.* était *sine re*, à moins qu'elle ne fût donnée à l'héritier *ab* intestat (Gaius, II, 147; Ulp., D. XXVIII, 3, 12 pr. *in f*). Il est très douteux que, sous Justinien, on ait maintenu aux héritiers *ab* intestat la faculté d'évincer le *bonorum possessor* (p. 852, 5).

(3) Pap., 13 Quæst., D., XXXVII, 11, 11, 2.

(4) Ulp., 2 ad Sab , D., XXVIII, 3, 2. On appelle *injustum* le testament nul, *ruptum* celui qui est révoqué ou rompu, *irritum* celui qui est infirmé par une *capitis diminutio*, *desertum* ou *destitutum* celui qui est caduc par le prédécès ou la renonciation de l'institué, ou par une incapacité survenue avant l'adition.

sessis contra tabulas ou de la *querela inofficiosi testamenti.*

§ 1er. *Droit civil.* — Les restrictions, introduites au VIe siècle de Rome (I, 536) en faveur des héritiers siens, ont été maintenues, mais appliquées avec moins de rigueur. 1° L'exhérédation doit en principe être individuelle, mais pour les filles et les petits-fils, elle peut être collective (I, 539, 5); 2° les Proculiens enseignent que l'omission d'un fils n'entraîne pas la nullité du testament, si ce fils est mort avant le testateur (1); 3° la loi et la jurisprudence, pour éviter la rupture du testament, étendent de plus en plus l'exception introduite en faveur des posthumes siens : on peut les instituer ou les exhéréder par avance, bien que ce soient des personnes incertaines (I, 540, 1).

Cette faculté fut accordée : 1° pour les enfants conçus lors de la confection du testament et qui, s'ils avaient été vivants à cette époque, n'auraient pas été *sui :* tel le petit-fils du testateur dont le père peut mourir avant le *de cujus.* Cette innovation fut admise sous l'influence d'Aquilius Gallus (2); 2° pour l'enfant conçu lors de la confection du testament et né du vivant du testateur (3). Une loi du début de l'Empire (4), la loi Junia Vellæa, dispensa le testateur de refaire son testament et valida l'institution ou l'exhérédation faite par avance; 3° le second chapitre de cette loi en fit autant pour le petit-fils déjà né lors de la confection du testament et qui, du vivant du testateur, devient son héritier sien par suite du prédécès de son père. Mais elle spécifia que les descendants du sexe masculin ne pourraient être exhérédés que nominativement; 4° un siècle plus tard, Julien fit appliquer la loi Junia Vellæa au petit-fils conçu lors de la confection du testament, né du vivant de son père, mais qui, à la mort du *de cujus*, était devenu son héritier sien par le prédécès de son père (5); 5° un Sc. proposé par Hadrien étendit cette faveur à une nouvelle catégorie d'enfants, à ceux qui avaient acquis la qualité d'héritiers siens autrement que par la naissance. Le Sénat visa le cas de l'enfant né d'un père citoyen romain et d'une mère latine ou pérégrine, mais seulement si l'*erroris causæ probatio* était postérieure au décès du père (6);

(1) Gaius, II, 123.

(2) La formule qu'il rédigea à cet effet est citée dans Scævola (6 Quæst., D., XXVIII, 2, 29 pr.) et appliquée plus tard à l'arrière-petit-fils du testateur (*ib.*, 29, 2).

(3) *Ibid.*, 29, 10 : *Voluit vivis nobis natos similiter non rumpere testamenta.*

(4) La date n'est pas certaine. Voir notre article LEX (*Dict. des Antiq.*, V, 1152) : d'après Borghesi (V, 20), Junius Silanus et Vellæus Tutor furent consuls suffects en 780 = 27. Mais un fragment des Actes des frères Arvals ne permet pas d'accepter cette opinion. Dessau (*Prosopogr.*, II, 246) propose la date de 779 = 26.

(5) Ulp., XXII, 19; Gaius, II, 134; Scæv., *loc. cit.*, 29, 15.

(6) Gaius, II, 143.

6° à la fin du IIe siècle, on considéra comme suffisante pour prévenir la rupture du testament, l'institution d'une personne qui, au décès du testateur, était devenue son héritier sien par adoption (1). Mais on ne pouvait valablement l'exhéréder, par application de la maxime : *Exheredatio extranei, res inepta* (2). Grâce à ces extensions successives, on écarta presque entièrement la règle : *agnatione postumi rumpitur testamentum* (3), ainsi que celle qui traite les posthumes comme des personnes incertaines.

§ 2. *Droit prétorien.* — De nouvelles restrictions à la liberté de tester furent établies à la fin de la République et au début de l'Empire, soit par le Préteur, soit par la coutume. Elles étaient particulièrement nécessaires à une époque où l'on voyait beaucoup de citoyens disposer de leur fortune au profit de personnes étrangères à leur famille. Au temps de Cicéron, on instituait héritiers, au préjudice d'un neveu ou d'un frère, des hommes que l'on connaissait à peine ou même que l'on n'avait jamais vus (4). Cicéron, qui se flatte de n'avoir jamais rien reçu que de ses amis, reconnaît avoir reçu plus de vingt millions de sesterces.

Comme le droit civil, le Préteur s'est montré défavorable à l'exhérédation des descendants : il a voulu assurer à ceux qui n'avaient pas démérité, le titre d'héritier. Comme le droit civil, il a pensé qu'il suffisait de forcer le testateur à s'expliquer catégoriquement sur la situation qu'il entendait leur faire. Si le père de famille croit devoir leur refuser la qualité d'héritier, qu'il ait le courage de son opinion, et qu'il le dise franchement dans son testament! La restriction à la liberté de tester est ici plutôt morale qu'effective; elle ne fait pas nécessairement obtenir aux descendants le patrimoine paternel qui peut être épuisé par des legs.

L'innovation due au Préteur a consisté : 1° à étendre le cercle des personnes qui doivent être honorées du titre d'héritier ou exhérédées formellement; 2° à exiger que tous les descendants mâles soient exhérédés nominativement (5).

Le Préteur a eu en vue tout d'abord les enfants émancipés. Il a jugé équitable de rescinder la *capitis deminutio* qu'ils ont subie et de les traiter comme les enfants restés en puissance (6). Désor-

(1) MARCEL., PAP., ap. ULP., 40 ad Ed., D., XXXVII, 4, 8, 8. Au temps de Gaius (II, 138-140) cela n'était pas encore admis.
(2) PAUL, 15 Quæst., D., XLV, 1, 132.
(3) CIC., *De Or.*, I, 57 : *Constat agnascendo rumpi testamentum.*
(4) CIC, *Phil.*, II, 16, 140.
(5) GAIUS, II, 129, 135.
(6) PAUL, 41 ad Ed., D., XXXVII, 1, 6, 1.

mais le père de famille qui peut arbitrairement émanciper son fils, ne peut plus le passer sous silence dans son testament. On a ensuite appliqué la règle à tous les enfants sortis d'une autre manière de la puissance paternelle, puis à ceux-là même qui n'avaient jamais été en la puissance du testateur (1). Tel serait l'enfant né d'un émancipé ou d'un adopté et conçu après que son père est sorti de sa famille naturelle; tel aussi l'enfant d'un Latin qui a acquis la cité romaine avec son père, sans que celui-ci ait obtenu la puissance paternelle (2). Mais, pas plus que le droit civil, le Préteur ne s'est occupé des enfants vis-à-vis de leur mère, ni des descendants par les femmes (3). Lorsqu'un des enfants auxquels l'édit s'applique a été omis ou irrégulièrement exhérédé, le testament n'est pas nul, mais l'enfant peut demander au magistrat la *bonorum possessio contra tabulas*. Elle lui fera obtenir une part égale à celle qu'il aurait *ab* intestat (4) et le rendra *heredis loco* (5). Elle profitera également aux enfants régulièrement institués lorsque la part qui leur est attribuée par le testateur est inférieure à celle qu'ils auraient *ab* intestat (6).

La succession se partage entre tous les ayants droit à la *bonorum possessio* et à l'exclusion de tous autres héritiers. Les légataires ne peuvent pas réclamer la délivrance de leurs legs, à l'exception des parents et des enfants du testateur, et même de sa femme ou de sa belle-fille, mais seulement pour le legs de leur dot (7). La *b. p. c. t.* n'a donc pas un effet absolu : elle laisse subsister le testament à l'égard de certaines personnes; elle laisse pareillement subsister les dispositions qui ne nuisent pas à

(1) Ulp., 39 ad Ed., D., XXXVII, 4, 1, 6; Pomp., D., XXXVIII, 6, 5, 1.

(2) Jul., ap. Afr., 4 Quæst., D., XXXVII, 4, 14, 1 ; Ulp , 39 ad Ed., *eod.*, 3 pr. ; Paul, 41 ad Ed., *eod* , 6 pr.; Ulp., *Coll. leg. Mos.*, XVI, 7, 2.

(3) Paul, 41 ad Ed., D., XXXVII, 4, 4, 2; Gaius, D., XXXVIII, 16, 13.

(4) Cf., pour les filles, le rescrit cité par Gaius, II, 126.

(5) Les jurisconsultes du II[e] siècle lui reconnaissent un droit supérieur à celui de l'héritier institué (Jul., 23 Dig., D., XXXVII, 4, 13 pr. : *Scriptus heres ei hereditatem petenti cogendus est et prædia et servos hereditarios præstare : omne enim jus transferri æquum est, quod per causam hereditariam scriptus heres manciscitur, ad eum quem Prætor heredis loco constituit*). Ils lui accordent la *B. P. cum re.* Cette innovation remonte vraisemblablement à l'époque où la *B. P. unde liberi* fut accordée *cum re* à l'émancipé (p. 611, 4). La *B. P. secundum tabulas* fut donnée *cum re* dans divers cas par Hadrien (D., XXVIII, 3, 12 pr.) et Antonin le Pieux (I, 535, 5).

(6) Ulp., 40 ad Ed., D., XXXVII, 4, 8, 14. Cf. D., XXXVII, 5, 16.

(7) Ulp., D., XXXVII, 5, 1 pr. Si au lieu de laisser un legs à l'une des personnes exceptées, le testateur lui avait attribué une portion de l'hérédité, il aurait été bien dur de ne pas la lui conserver : on admit au II[e] siècle, sous l'influence de Julien, que l'institution jouirait de la même faveur que le legs (Anton. P., ap. Ulp., *eod.*, 5, 6).

ceux que le Préteur a voulu protéger; telle serait une substitution pupillaire (1).

§ 3. *Droit coutumier.* — Si le testateur était en règle avec le droit civil et le droit prétorien lorsqu'il avait honoré du titre d'héritier certains descendants, l'usage des honnêtes gens lui faisait un devoir de laisser à ses plus proches parents, s'ils n'avaient pas démérité, une partie de sa fortune (2). Cet usage trouvait à l'époque antique sa sanction dans le contrôle exercé par les pontifes et par le peuple sur le testament comitial (I, 284). Après l'introduction de la liberté de tester, cette garantie disparut : les abus ne tardèrent pas à se produire (3). Il fallut aviser aux moyens de faire respecter l'usage antique : en donnant effet à la *nuncupatio* qui accompagnait la mancipation dans le testament *per æs et libram,* on n'avait pas entendu dispenser le testateur de s'y conformer. Il était du devoir des magistrats de ne pas se prêter à l'exécution d'un testament contraire à l'usage (4). La question de savoir si le testament doit ou non être approuvé, ne se pose d'ailleurs que lorsqu'on l'attaque pour inofficiosité, lorsqu'on soutient qu'il n'a pas été fait *ex officio pietatis.*

1° *Querela inofficiosi testamenti.* — Pour donner satisfaction aux héritiers *ab* intestat qui se plaignaient d'avoir été injustement exhérédés ou omis, on avait le choix entre deux moyens qui, l'un et l'autre, furent adoptés suivant les circonstances. Le premier consistait à faire appel à l'autorité du Préteur qui, en vertu de son *imperium*, décidait lequel des prétendants était le plus digne de l'hérédité, puis envoyait le plaignant en possession de l'hérédité et refusait toute action à l'héritier institué (5). C'était un cas exceptionnel; et, pour une mesure aussi grave, on

(1) Afr., D., XXVIII, 6, 34, 2. Pour les affranchissements, Ulp., *cit.*, 8, 2.

(2) Ulp., D., V, 2, 8, 14; cf. V. Max., VII, 7, 3 : *Summa cum iniquitate paternum nomen abrogaverat. Ibid.*, 4 : *Si ipsa æquitas hac de recognosceret.*

(3) Val. Max., VII, 8.

(4) Cela ressort très nettement d'une expression employée par Gaius au début de son livre sur la loi Glitia : *Non est consentiendum parentibus qui injuriam adversus liberos suos testamento inducunt.* Il s'agit bien ici d'un assentiment, d'une approbation qui est nécessaire à l'efficacité du testament. Cf. D., V, 2, 4. Val. Max., VII, 7, 4 : *Suprema judicia improbavit. Ibid.*, 7 : *Nec factum illius comprobare voluit* (*prætor*).

(5) Quintil., III, 10, 3. Valère-Maxime (VII, 7, 5) rapporte qu'en l'an 684 le préteur C. Calpurnius Piso n'hésita pas à accueillir une pareille demande : *Bonorum adolescentis possessionem ei dedit, heredesque lege agere passus non est.* C'était là une décision hardie (*egregia constitutio*) pour refuser à l'héritier testamentaire le droit de réclamer l'hérédité; il fallait que le Préteur fût bien sûr d'avoir pour lui l'opinion publique. Valère-Maxime fait remarquer que le plaignant était un père de famille qui, ayant élevé huit fils jusqu'à l'âge d'homme, était indigné d'avoir été déshérité par l'un d'eux qu'il avait donné en adoption.

ne pouvait compter que l'on trouverait toujours un magistrat disposé à en prendre la responsabilité. L'empereur seul, à l'époque ultérieure, se sentit assez fort pour le faire (1).

Le second moyen, plus normal et de beaucoup, semble-t-il, le plus usité, consistait à intenter contre l'héritier testamentaire une action en pétition d'hérédité devant le tribunal compétent en ces sortes d'affaires, celui des centumvirs. Le plaignant réclamait la succession *ab* intestat en contestant la validité du testament qui lui était opposé. L'héritier testamentaire n'osait pas toujours s'en prévaloir, et, s'il le faisait, il passait pour un malhonnête homme (2). On considérait, en effet, le testament qui exhérédait injustement ou passait sous silence ceux que l'affection faisait un devoir d'instituer, comme étant l'œuvre d'un fou (3) : il était nul *ab initio*. Ce second moyen était déjà employé au commencement du VIII[e] siècle de Rome (4).

Sous l'Empire, à partir d'une époque qu'on ne peut fixer avec certitude, mais qui est antérieure à Gaius, la plainte d'inofficiosité ne se confond plus avec la pétition d'hérédité : elle forme une voie de recours distincte, ayant ses règles propres et un effet différent. Elle a pour fondement non plus la folie du testateur (5), mais l'injure subie par le plaignant, l'affront, l'atteinte portée à sa dignité par un acte qui l'a dépouillé sans qu'il l'ait mérité. L'*officium pietatis* s'est transformé en une sorte d'obligation ; certes, il n'est pas sanctionné par une action, mais l'inobservation de ce devoir donne à la plainte d'inofficiosité un caractère particulier (6) : la *querela* tend, non plus à faire déclarer la nullité initiale du testament, mais à le faire rescinder comme inofficieux. Le prononcé du jugement sur l'inofficiosité a pour conséquence la rescision de plein droit du testament (7).

(1) V. Max., VII, 7, 3 et 4, cite deux décrets d'Auguste.

(2) *Ibid.*, 2 : *Heredes... sacramento cum adolescentulo contendere ausi non sunt... Ibid.*, VII, 7, 1 : *Cum improbissimis enim heredibus de paternis bonis apud centumviros contendit...*

(3) *Ibid.*, 4 : *Spernis quos genuisti... ergo dum sic te geris, ad inferos usque cœlesti fulmine affata es... Tabulæ testamenti plenæ furoris.* Cf. Quint., IX, 2, 9; Sen. *De clem.*, I, 14 : *Num quid aliquis sanus filium a prima offensa exhæredat?*

(4) V. Max., VII, 7, 2. Le fils d'un chevalier, adopté par son oncle maternel, fit rescinder le testament de son père naturel.

(5) Marcellus (4 Inst., D., V, 2, 2) remarque que la folie n'est qu'un prétexte, sans quoi le testament serait nul au regard de tous.

(6) Le mot *querela* n'apparaît pas dans les écrits des jurisconsultes avant Papinien. Les auteurs littéraires l'emploient dès le I[er] siècle. (Val. Max., VII, 7, 5).

(7) Ulp., 14 ad Ed., D., V, 2, 8, 16. Suivant une conjecture d'Eisele (*Z. Sav. St.*, XV, 282), ce serait une loi Glitia qui aurait attribué cet effet au jugement d'inofficiosité. Cette loi n'est connue que par l'inscription d'un fragment de Gaius inséré au titre *De inofficioso testamento* au Digeste.

Cette rescision peut d'ailleurs, dans certains cas, n'être que partielle; le testament peut être maintenu pour partie, ce qui ne se concevrait pas s'il était censé l'œuvre d'un fou (1).

La plainte d'inofficiosité paraît avoir pris le caractère d'une voie de recours spéciale sous l'influence des constitutions impériales. Plus d'une fois, les empereurs furent saisis de ces plaintes à l'occasion des procès qui échappaient à la compétence des centumvirs (2) : ceux qui intéressaient les habitants des provinces, parce qu'ils ne pouvaient être intentés à Rome, mais devant le tribunal du domicile des institués (3) ; ceux qui concernaient les successeurs prétoriens, parce qu'ils ne pouvaient, même à Rome, être intentés dans la forme d'une action de la loi. L'intervention des empereurs s'explique d'autant mieux que, dans ces deux cas, tout porte à croire que la plainte d'inofficiosité donnait lieu à une *cognitio extra ordinem*. Il en fut ainsi tout au moins sous Hadrien (4).

Les règles établies par les empereurs pour les causes soumises à la procédure extraordinaire, furent en partie étendues par la pratique judiciaire aux affaires déférées au tribunal des centumvirs. L'unité de jurisprudence en matière de testament inofficieux fut ainsi progressivement réalisée.

2° *Des personnes qui peuvent exercer la* querela. — Le droit d'attaquer un testament pour inofficiosité est réservé à certains proches parents appelés à la succession *ab* intestat. Le nombre des ayants droit s'est accru à mesure que l'édit du Préteur et les empereurs ont élargi le cercle des successeurs *ab* intestat. On ne distingue plus entre la parenté civile et la parenté naturelle, depuis que le Préteur a établi la *b. p. unde cognati;* ni entre le père et la mère, depuis les Sc. qui ont admis un droit de succession réciproque entre la mère et ses enfants. Dès lors la *querela*

(1) PAUL, 2 Quæst., *eod.*, 19 : *Non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata efficitur, licet quasi furiosæ judicium ultimum ejus damnetur.*

(2) HADR., ANTON. P, ap. ULP., 14 ad Ed., *eod.*, 8, 16 ; ANTON. P., ap. PAUL, De centumvir. jud., *eod.*, 7 ; SEV., CARAC., ALEX., C., III, 28, 1-12; cf. ULP., *eod.*, 8, 2 : *Sæpissime rescriptum est.*

(3) ULP., 5 opin., D., V, 2, 29, 4.

(4) Paul (De centumvir. jud., D., V, 2, 28) cite un décret d'Hadrien décidant que les legs et les affranchissements contenus dans le testament inofficieux seront maintenus. Cette décision est incompatible avec les pouvoirs du juge dans la procédure formulaire. Divers faits confirment l'usage de la procédure extraordinaire en matière d'inofficiosité : l'emploi de la *denunciatio* ou *libelli datio* pour la citation en en justice (PAUL, *eod.*, 7), l'absence de *litis contestatio* proprement dite; l'absence de *condemnatio*, enfin la faculté d'interjeter appel. La règle *bis de eadem re ne sit actio* n'est pas appliquée (PAUL, D., V, 2, 21 pr.); le juge se borne à déclarer si le testament est ou non inofficieux (ULP., *eod.*, 8, 16. Cf. pour l'appel, *ibid.* 27, 3 ; 29 pr; ANTON. ap. MARC., D., XLIX, 1, 5, 1; ULP., *eod.*, 14 pr.).

peut être intentée par tout descendant ou ascendant (1). Elle peut l'être aussi par l'enfant posthume, conçu lors du décès du testateur et par les enfants naturels vis-à-vis de leur mère et de ses ascendants (2). — Si l'ayant droit ne veut pas ou ne peut pas attaquer le testament, l'héritier du degré subséquent est autorisé à exercer la *querela* (3).

La *querela* peut être formée également par les frères ou sœurs (4) : tous autres collatéraux sont exclus. Le droit des frères et sœurs a même été restreint par une règle qui est due vraisemblablement à l'usage du tribunal des centumvirs, mais qui, à notre connaissance, n'a été formulée que par Constantin : il est réservé aux frères et sœurs consanguins et ne peut être exercé que si le testateur leur a préféré une personne indigne (*turpis persona*) (5).

3° *Conditions requises.* — Pour exercer la *querela*, il faut : 1° que le plaignant soit le plus proche héritier *ab* intestat (6), sauf le cas de *successio in querelam;* 2° qu'il n'ait pas démérité (7); 3° qu'il n'ait pas d'autre moyen de prendre une part de la succession. La plainte d'inofficiosité est une voie de recours subsidiaire (8). La *querela*, comme l'action d'injures, s'éteint à la mort de l'ayant droit; elle ne se transmet à ses héritiers que s'il y a eu *præparatio litis* (9). Elle s'éteint également par l'effet de tout acte qui implique de la part du plaignant une approbation même indirecte du testament (10). La *querela* s'éteint enfin au bout de cinq ans, à dater de l'adition, suivant Ulpien, ou de la mort du testateur, suivant Modestin (11). Ce silence prolongé, prouve que l'ayant droit ne s'est pas senti atteint par l'injure que le testateur lui a adressée; 4° que le testateur n'ait

(1) Val. Max., VII, 7, 1-5; Gaius, D., V, 2, 4; Marcel., 3 Dig., *eod.*, 5.
(2) Ulp., 14 ad Ed., *eod.*, 6 pr. ; 5 Opin., *eod.*, 29, 1.
(3) Paul, *De sept. judic.*, D., V, 2, 31 pr. Cf. Pap., 5 Quæst., *eod.*, 14, 7.
(4) Ulp., 14 ad Ed., *eod.*, 1.
(5) Cf. Val. Max., VII, 8, 4 : *Et erant ab eo (fratre) instituti heredes, neque sanguine patrio pares, neque proximi, sed alieni, et humiles; ut non solum flagitiosum silentium, sed etiam prælatio contumeliosa videri posset.* Cf. p 850, 1,
(6) Ulp., 14 ad Ed., D., V, 2, 6 pr., 1.
(7) Marcel., 3 Dig., *eod.*, 5 : *Hujus verbi de inofficioso vis illa est, docere immerentem se et indigne præteritum, vel etiam exheredatione summotum.* Par exception l'exhérédation d'un fils qui n'a pas démérité est valable, si elle est faite *bona mente* (Tryph., 13 Disp., D., XXVII, 10, 16, 2; cf. Ulp., 44, 47 ad Ed., D., XXXVIII, 2, 12, 2; XXVIII, 2, 18.
(8) C., VI, 28, 4 pr.
(9) Ulp., 14 ad Ed., *h. t.*, 6, 2 ; Paul, De sept. jud., *eod.*, 7.
(10) Ulp., *eod.*, 8, 10 ; Paul, *eod.*, 31, 3 et 4; 32.
(11) C., III, 28, 36, 2. Justinien a consacré l'opinion d'Ulpien, mais il oblige l'héritier à se prononcer dans les six mois du décès, s'il habite la même province que l'ayant droit, sinon dans l'année.

pas laissé au plaignant une part convenable de sa fortune (1) La quotité fut d'abord abandonnée à l'appréciation du tribunal (2), puis à l'exemple de la quarte Falcidie fixée à un quart de ce que le plaignant aurait eu *ab* intestat (3). Cette nouvelle quarte porte le nom de *quarte légitime* (*quarta legitimæ partis*). Cette quotité avait déjà été fixée pour un cas particulier d'adoption par le Sc. Afinien, puis pour l'adrogation d'un impubère par Antonin le Pieux (4).

4° *Contre qui la* querela *est intentée.* — La *querela* doit être formée contre l'héritier institué, mais seulement lorsqu'il a fait adition (5); il n'est pas nécessaire, comme dans la pétition d'hérédité, qu'il soit en possession (6). De même on n'a pas à rechercher si le plaignant possède les biens héréditaires (7). Les légataires sont autorisés à intervenir au procès, s'ils craignent une collusion entre le plaignant et l'institué; ils peuvent aussi interjeter appel (8).

5° *Effets de la* querela. — Le plaignant qui a gain de cause obtient l'hérédité tout entière. S'il y a plusieurs ayants droit et que l'un d'eux renonce à la plainte, celui qui suivra l'instance profitera, par voie d'accroissement, de la part de l'autre (9).

Lorsqu'il y a pluralité d'institués, l'ayant droit doit former une plainte contre chacun d'eux (10); le jugement rendu contre l'un n'est pas opposable aux autres. Par suite, le testament pourra n'être rescindé qu'en partie, et le *de cujus* sera mort

(1) Même par donation à cause de mort (ULP., *eod.*, 8, 6) ou par une donation entre vifs (*eod.*, 25 pr) s'il a été stipulé qu'elle serait imputée sur la quarte.

(2) Au temps de Pline (*Ep.*, V, 1) la question était encore douteuse.

(3) PAP., ap. ULP., 14 ad Ed., *eod.*, 8, 8.

(4) P. 117, 3; 118, 1. La quarte Antonine comprend le quart des biens auxquels l'adrogé aurait droit comme héritier légitime; elle est traitée comme une dette de la succession. (ULP., 14 ad Ed., D., V, 2, 8, 15). D'après certains textes, un Sc. de Marc-Aurèle de l'an 176 aurait fixé à un quart le droit du fils sur les biens de son père (MALAL., *Chronogr.*, XI, p. 28, et ZONAR., XII, 1) et réciproquement. Cette règle fut étendue à la mère sans doute en exécution du Sc. Orfitien. Aucun changement ne fut d'ailleurs apporté aux règles de la *querela* : s'il y a lieu de l'exercer, l'ayant droit obtiendra, non pas seulement la quarte, mais la totalité de sa part *ab* intestat (cf. ALIBRANDI, *Studi Bologna*, 1888, p. 3; VOIGT, *Bull. d. Istit. di D. R.*, 1897, p. 114). Eisele (*Z. Sav. St.*, XX, 238) a révoqué en doute l'existence de ce Sc., mais ses critiques portent uniquement sur le témoignage peu exact d'un auteur du XIV[e] siècle, Nicéphore Callixte (MIGNE, *Patr. Gr.*, t. 145).

(5) *Ante aditam hereditatem nec nascitur querela* (ULP., *eod.*, 8, 10).

(6) ALEX., C., III, 28, 10.

(7) ULP., 5 Opin., D., V, 2, 29 pr.; Rescr. PII, ap. ULP., D., XLIX, 1, 14 pr.

(8) ULP., D., V, 2, 8, 13.

(9) DIOCL., C., III, 28, 22. PAUL, *De inoff. test.*, D.. V, 2, 23, 2.

(10) En est-il de même lorsque parmi les institués il y a un légitimaire? La question est prévue par un texte de Paul. (D., V, 2, 19), dont le sens est discuté. Cf. LABBÉ, sur MACHELARD, 636.

partie testat, partie intestat. Si le plaignant succombe, il perd tout droit à ce que le défunt lui avait laissé par testament; on lui en enlève le bénéfice comme à un indigne pour l'attribuer au fisc (1).

§ 4. *Restrictions établies en faveur du patron.* — L'affranchi doit à son patron les égards qu'un fils doit à son père. Sans lui, il n'aurait acquis ni la liberté, ni la cité, ni le droit d'avoir un patrimoine (2). C'est là un bienfait inappréciable que l'affranchi ne peut méconnaître : il a le devoir de laisser à son patron une partie de sa succession. Cette part est égale à celle que le patron pourrait réclamer du vivant de l'affranchi en vertu de l'édit du préteur Rutilius (p. 373, 1) : la moitié des biens.

Ce droit à la succession de l'affranchi fut réservé par les successeurs de Rutilius au patron, à ses fils et à ses descendants par les fils. La loi Papia Poppæa en étendit le bénéfice à la patronne, lorsqu'elle avait deux ou trois enfants, aux filles et aux descendants par les filles du patron et de la patronne (3). Mais le patron ne vient à la succession de l'affranchi qu'au second rang (4), à défaut d'enfants issus de son mariage, et si minime que soit la part pour laquelle ils ont été institués (5). Ici encore la loi Papia a innové : lorsque l'affranchi a une fortune d'au moins cent mille sesterces et laisse moins de trois enfants, le patron a droit à une part virile; à défaut du patron, cette part revient à ses fils. La patronne jouit du même droit si elle est ingénue, et a le *jus liberorum* (6).

1° *Querela patroni adversus libertum.* — Le droit du patron paraît avoir été d'abord sanctionné par une *bonorum possessio dimidiæ partis ab* intestat; il ne pouvait la faire valoir que contre les *sui non naturales;* le Préteur estima que l'affranchi ne devait pas exclure son patron en faisant entrer dans sa famille un enfant adopté ou une femme *in manu* (7). Dans la suite, le Préteur accorda au patron une *bonorum possessio contra tabulas* toutes les fois que l'affranchi, n'ayant pas d'enfants (*sui naturales*) ou

(1) P. 629, 4. Pap., 14 Quæst., *eod.*, 15, 2; Ulp., *eod.*, 24; 8, 14.

(2) P. 143, 5. Pap., *Vat. fr.*, 225; Serv., ap. Ulp., 42 ad Ed., D., XXXVIII, 2, 1 pr.; Ulp., 45 ad Ed., D., XXXVII, 12, 1 pr.

(3) Ulp., XXIX, 6; Gaius, III, 50.

(4) On trouvera un exposé succinct des règles sur la succession des affranchis, dans Inst., III, 7.

(5) Ulp., XXIX, 1; Marcel., ap. Ulp., 43 ad Ed., D., XXXVIII, 2, 6 pr.

(6) Gaius, III, 42. Sous la République, la *querela* du patron n'avait pas de raison d'être contre le testament de ses affranchies, car elles ne pouvaient tester sans son autorisation : il en fut autrement lorsque la loi Papia eut délivré de la tutelle les affranchies ayant le *jus quatuor liberorum* (Gaius, III, 48).

(7) Gaius, III, 41.

les ayant exhérédés, a manqué à son devoir en instituant un autre que son patron (I, 533, 3). C'était une atteinte à la liberté de tester; elle fut d'autant plus aisément admise, que l'affranchi était protégé contre les exigences de son patron par l'exception *onerandæ libertatis* (p. 147, 1). Aussi donne-t-on au patron le choix, ou de réclamer les *libertatis causa imposita* ou de demander la *bonorum possessio* (1).

La *b. p. c. t.* accordée au patron a le caractère d'une *querela inofficiosi* (2); elle ne se perd ni par une émancipation ni par une adoption (3). Elle fait obtenir au patron une quote-part de l'hérédité, celle qu'il aurait recueillie *ab* intestat. Cette part est de moitié, quel que soit le nombre des ayants droit (4). S'il y a plusieurs patrons, ils prennent chacun une part virile, alors même qu'ils avaient des droits inégaux à la propriété de l'esclave. — L'exercice de la *b. p.* a pour effet d'appeler concurremment à la succession de l'affranchi deux classes d'héritiers : les héritiers institués et le patron (5). C'est une dérogation à la règle, qu'on ne peut mourir partie testat, partie intestat.

2° *Actions Fabienne et Calvisienne.* — L'affranchi ne peut porter atteinte au droit du patron, ni en mettant des legs à sa charge (6), ni par des aliénations frauduleuses entre vifs. Le patron peut faire révoquer ces aliénations par l'action *Fabiana :* cette action est donnée contre l'acquéreur même de bonne foi, mais seulement en raison et dans la mesure du préjudice causé au patron (7). Un préteur subséquent étendit cette règle au cas où l'affranchi était mort intestat : il promit au patron l'action *Calvisiana* (8). Dès lors la *querela patroni* n'est plus une simple

(1) Paul, Sent., III, 2, 5.

(2) L'expression *querela patroni* est dans Ulp., D., XXXVII, 14, 1; Mod., II, 4, 25 (Schmidt, *Das Pflichttheilsrecht des Patrons*, 1868, p. 85).

(3) Ulp., 44 ad Ed., *eod.*, 12, 6; Jul., 27 Dig., *eod.*, 23 pr.; Ter. Clem., *eod.*, 39. La *capitis deminutio minima* est ici sans influence (p. 75, 8). Cf. Leist-Glück, lib. 37-38, V, 459.

(4) La qualité des ayants droit et l'état de la succession s'apprécient au moment de la mort de l'affranchi (Pomp., D., XXXVIII, 2, 2, 1; Ulp., 3, 20).

(5) Paul, 41 ad Ed., D., XXXVII, 1, 6 pr.

(6) Marcel., 29 Dig., D., XXXI, 28. On n'exige pas ici que l'affranchi ait agi par dol (Ulp., D., XXXVIII, 5, 1, 1).

(7) P. 564, 1. Ulp., *eod.*, 1, 15 : *Fraus enim in damno accipitur pecuniario.* Cf. Pomp., 85 Dig., *eod.*, 1, 14. S'il y a eu donation à une personne interposée, le patron peut à son choix agir contre le donataire réel ou contre le donataire apparent. Tel est l'avis de l'auteur du frg. *de formula Fabiana* qui, suivant toute vraisemblance, est Paul. Javolenus (3 *Ep.*, D., XXXVIII, 5, 12) n'accordait l'action que contre le donataire réel. Cf. Ferrini (*Rendiconti del Ist. Lomb.*, XXXIII, 1900) qui considère ce fragment comme emprunté aux *libri ad edictum* et non aux *libri ad Plautium*, comme le pensait Gradenwitz (*Z. Sav. St.*, IX, 395).

(8) Ulp., 44 ad Ed., *eod.*, 3, 3.

restriction à la liberté de tester; c'est un droit qui s'exerce même *ab* intestat.

3° Le *parens manumissor* jouit en principe du même droit que le patron, mais lorsque son fils émancipé a institué des *turpes personæ*, le père a droit à la totalité de la succession (1). A l'inverse, depuis le Sc. Orfitien, le père émancipateur n'a aucun droit à la succession de sa fille émancipée, si elle laisse des enfants.

CHAPITRE III

Des successions ab intestat.

Le système de l'hérédité légitime, établi par les Douze Tables, appartient au droit strict : il refuse à l'émancipé tout droit sur les biens de son père ; il exclut les agnats qui ont subi une *capitis deminutio* aussi bien que ceux qui ne sont pas au degré le plus proche, il ne reconnaît à la mère mariée *sine manu* aucun droit sur les biens de ses enfants et réciproquement (2).

I. Édit du Préteur. — L'édit Prétorien a fait disparaître ces règles contraires à l'équité. Il promet la *bonorum possessio ab* intestat à quatre classes de personnes dans l'ordre suivant (3) :

§ 1er. *B. P. unde liberi.* — Les *liberi* sont les enfants ou descendants, même ceux qui ont perdu la qualité d'héritiers siens par suite d'une *capitis deminutio.* Toutefois les enfants donnés en adoption n'ont pas droit à la *B. P.* tant qu'ils sont dans leur famille adoptive.

Cette *B. P.* fut d'abord accordée aux héritiers siens et aux enfants émancipés ; mais pour l'émancipé, elle n'était efficace que s'il était en présence de tiers : s'il était en concours avec un héritier légitime, il était exposé à être évincé ; la *B. P.* n'était donnée par le Préteur que *sine re.* Avec le temps, le Préteur, se sentant appuyé par l'opinion publique, prit sur lui de garantir le *bonorum possessor* contre l'éviction : il donna la *B. P. cum re* (4). L'ordre successoral établi par l'édit fut dès lors appliqué de préférence à celui du droit civil : l'émancipé obtint la succession à l'exclusion des agnats, en concours avec les héritiers

(1) Ulp., 45 ad Ed., D., XXXVII, 12, 1, 2; Paconius, ap. Paul, *eod.*, 3 pr.
(2) Gaius, III, 18-24. T. Ier, 286; 526; II, 97.
(3) Nous laissons de côté les *B. P.* relatives à la succession des affranchis. Voir Gaius, III, 39-76; Ulp., XXIX; Inst., III, 9, 3 et 6.
(4) Ulp., XXVIII, 8; 13; Gaius, II, 148. Les empereurs ont contribué à ce développement du droit prétorien (p. 603, 5).

siens, mais dans ce cas, il fut soumis à la *collatio* (p. 636). Cette première application de l'édit a été restreinte au IIe siècle, dans le cas où l'émancipé est en concours avec son fils resté en la puissance du grand-père : au lieu de l'exclure entièrement, il ne lui enlève que la moitié de la succession. Tel est l'objet de la *nova clausula de conjungendis cum emancipato liberis ejus*, introduite par Julien dans l'édit perpétuel (1). Julien estima que l'application exclusive de l'édit dans sa forme première était aussi contraire à l'équité que celle du droit civil.

La même raison d'équité conduisit la jurisprudence du temps des Antonins à étendre le bénéfice de la *B. P. unde liberi* à l'enfant né après l'émancipation de son père, pour la succession de son grand-père (2); à l'enfant resté en la puissance de son grand-père, pour la succession de son père émancipé (3); à l'enfant donné en adoption, mais émancipé du vivant de son père naturel; au fils d'un enfant donné en adoption puis émancipé : bien qu'il n'ait jamais été sous la puissance de son grand-père maternel, le Préteur l'appelle à sa succession (4). Il y eut plus de difficulté pour le cas où le père d'un enfant émancipé s'était donné en adrogation : Julien refuse à cet enfant tout droit à la succession de son père; mais son annotateur Marcellus estime que ce refus est contraire à l'équité : l'émancipé ne doit pas souffrir de ce que son père s'est donné en adrogation (5).

§ 2. *B. P. unde legitimi*. — Les *legitimi* sont : — 1° Les trois classes de personnes appelées par les Douze Tables : héritiers siens, agnats, *gentiles*. Pour les *sui*, cette *B. P.* fait double emploi avec la précédente, mais elle a l'avantage de leur assurer un nouveau délai pour demander la succession (6) ; pour les agnats, le Préteur ne fait aucune distinction de sexe (7). — 2° Les personnes qui, postérieurement aux Douze Tables, ont obtenu un droit de succession *ab* intestat : la mère, par rapport à ses enfants et réciproquement, d'après les Sc. Tertullien et Orfitien (8).

§ 3. *B. P. unde cognati*. — Cette *B. P.* peut être invoquée soit par les héritiers siens qui ont laissé écouler les délais des deux pré-

(1) Ulp., 40 ad Ed., D., XXXVII, 8, 1, 1; Marcel., 9 Dig., *eod.*, 3.
(2) M. Aur. et Verus, ap. Ulp., 79 ad Ed., D., XXXVII, 6, 5 pr.
(3) *Ibid.*; cf. 39 ad Ed., D., XXXVIII, 6, 6; Mod., D., XXXVII, 8, 4.
(4) Gaius, II, 137; Jul., ap. Afr., D., XXXVII, 4, 14, 1. Ulpien (*eod.*, 3, 7) accorde le même droit au petit-fils que le grand-père a donné en adoption à son fils émancipé : si le père meurt le premier, le petit-fils est appelé par le Préteur à la succession de son grand-père.
(5) Ulp., 35 ad Sab., *eod.*, 17.
(6) Ulp., 49 ad Ed., D., XXXVIII, 9, 1, 11. Cf. p. 623, 1.
(7) Ulp., 46 ad Ed., D., XXXVIII, 7, 2, 2.
(8) *Ibid.*, 2, 4.

cédentes, soit par les agnats qui n'ont pas demandé la *B. P. unde legitimi* (1). Le Préteur appelle les cognats (p. 79) jusqu'au 6e degré et même au 7e les enfants de cousins issus de germains (2). Il s'écarte ici de la règle consacrée par la loi Cincia pour suivre celle qui fut introduite par la loi Furia : tandis que la première admet la liberté de donner entre cognats jusqu'au 5e degré et au 6e pour les cousins issus de germains, la seconde étend la liberté de léguer jusqu'au 6e degré et au 7e pour les enfants de cousins issus de germains (3).

§ 4. *B. P. unde vir et uxor.* — A défaut de parent, le Préteur appelle le conjoint survivant à la succession du conjoint prédécédé (p. 93, 2). Cette *B. P.* est la plus récente que l'Edit ait consacrée : elle ne paraît pas antérieure à l'Édit perpétuel (4).

II. Sénatusconsultes. — Pendant que la jurisprudence du temps des Antonins développait le système successoral introduit par le Préteur en accordant la *B. P.* à un plus grand nombre de cognats et au conjoint survivant, deux sénatusconsultes firent une brèche plus large dans le système du droit civil en attribuant à de simples cognats la qualité d'héritiers légitimes (5).

Le Sc. Tertullien, rendu sous Hadrien (6), accorde à la mère un droit à la succession *ab* intestat de ses enfants, alors même

(1) La *cognatio servilis* n'y donne pas droit (Ulp., D., XXXVIII, 8, 1, 2).

(2) Ulp., *eod.*, 1, 3; Treb., ap. Paul, D., XXXVIII, 10, 10, 18.

(3) Ulp., XXVIII, 7; Paul, 71 ad Ed., *Vat. fr.*, 298; 301.

(4) Ulp., 47 ad Ed., D., XXXVIII, 11, 1. Voir cep. Leist-Glück, I, 65. Cf. sur la date des autres *B. P.*, t. Ier, 530, 5; 533, 3.

(5) Divers textes non juridiques signalent un Sc. de l'an 176, qui accorda au père un droit de succession *ab* intestat sur les biens de son fils. Jusqu'alors le père n'avait eu droit à la succession de son fils devenu *sui juris* qu'à titre de *parens manumissor* ou de cognat. Désormais il eut un droit analogue mais supérieur à celui que le Sc. Tertullien avait accordé à la mère (Ulp., XXVI, 8; D., XXXVIII, 17, 2, 15; Inst., III, 3, 3). Telle était d'ailleurs la règle consacrée par l'édit pour la *B. P. unde cognati* (Paul, 5, 2). Mais le droit du père resta primé par celui des agnats (Ulp., *eod.*, 2, 17 : *Patrem agnatus excludit*), tandis que la mère fut préférée à tout agnat autre qu'un frère ou une sœur consanguins du *de cujus*. — Ce Sc., dont la date est fixée par *Chron. Pasch.*, I, 489 (éd. Dindorf), n'est connu que par un auteur du vie siècle, Malalas, et quelques annalistes postérieurs. Tout en faisant les réserves nécessaires sur des témoignages d'une époque aussi basse, on ne saurait les écarter *à priori* : l'innovation qu'ils mentionnent était le complément naturel du Sc. Tertullien. On ne voulut pas que le père fût moins favorisé que la mère lorsqu'il ne pouvait recueillir les biens de son fils ni à titre de pécule (p. 125, 2), ni comme *parens manumissor*. On lui donna comme à la mère, un droit préférable à la *B. P. unde cognati*. Cf. Voigt, *Bull. d. Ist. di d. R.*, IX, 106.

(6) Inst., III, 3, 2. Cf. Tryphon., D., XXXIV, 5, 9, 1. C'est à tort qu'on a cité en sens contraire un passage de Zonaras (XII, 1) qui parle d'une constitution d'Antonin le Pieux. Ce passage se réfère au Sc. de l'an 176 ; il cite en effet une seconde disposition établissant une quarte au profit des enfants sur les biens de leurs parents; or cette règle est étrangère au Sc. Tertullien.

qu'ils seraient nés hors mariage (1). Mais le Sénat n'a pas eu la pensée de consacrer le droit naturel de la mère : à l'exemple des lois caducaires, il a donné une prime à la fécondité. Cette prime est réservée à la mère qui a le *jus liberorum ;* il faut qu'elle ait donné le jour à trois enfants si elle est ingénue, à quatre si elle est affranchie. La mère ne vient d'ailleurs qu'à défaut des descendants et des frères consanguins du *de cujus*. En présence de sœurs consanguines, elle a droit à une part virile (2).

Le Sc. Orfitien, rendu en 178 sous Marc-Aurèle et Commode (3), modifia plus profondément encore les principes du droit ancien : il appelle les enfants à la succession de leur mère au premier rang, avant même les agnats. C'est un abandon du principe de la conservation des biens dans la famille de la femme et du principe de la délation des biens aux membres de la famille agnatique. Ici le droit héréditaire est fondé uniquement sur la parenté naturelle ; il appartient même aux enfants nés hors mariage et ne s'éteint pas par la *capitis deminutio* (p. 75, 8).

Les Romains ont eu conscience de l'atteinte portée au régime successoral du droit ancien par ces sénatusconsultes : ils opposent le *senatusconsulti commodum*, *beneficium* (4) au *jus antiquum*. Ce bénéfice fut d'ailleurs réservé aux descendants et aux ascendants du premier degré : au Bas-Empire, sous l'influence du christianisme, on l'a étendu aux grands-parents (5).

CHAPITRE IV

Acquisition des successions.

Dans toute succession, il y a en principe deux moments à considérer : celui de l'ouverture et celui de l'acquisition.

I. Ouverture des successions. — La succession s'ouvre au décès du *de cujus* (6). Jusqu'à ce moment, les héritiers n'avaient que des espérances ; maintenant ils ont un droit ou plutôt un droit leur est offert : *Defertur hereditas* (7). Ils ont une occasion

(1) Jul., 59 Dig., ap. Ulp., 13 ad Sab., D., XXXVIII, 17, 2, 1.
(2) Paul, IV, 9, 9 a.; Ulp., XXVI, 8; D., XXXVIII, 17, 2, 14.
(3) Ulp., XXVI, 7; Inst., III, 4 pr.; Ser. Scipio Orfitus, Velius Rufus Julianus furent consuls en 178; cf. *Ephem. epigr.*, IV, 505.
(4) Ulp., 12, 13 ad Sab., D., XXXVIII, 17, 1, 9 et 10; 2 pr.
(5) Valent. II, *C. Th.*, V, 1, 4 (préfecture des Gaules, 389).
(6) De là deux conséquences : on ne peut ni accepter ni vendre une succession future (Lab., ap. Pomp., D., XXIX, 2, 27; Pomp., D., XVIII, 4, 1).
(7) Ter. Clem., 5 ad l. Jul. et Pap., D., L, 16, 151.

d'acquérir (1); s'ils n'en profitent pas, on ne peut dire qu'ils aliènent, qu'ils diminuent leur patrimoine : on ne pourra pas, le cas échéant, ni attaquer la répudiation d'une succession par l'action Paulienne (p. 490, 1) (2), ni l'annuler comme constituant une donation entre époux (3).

L'héritier, appelé à une succession, peut y renoncer expressément ou tacitement : il suffit qu'il laisse écouler le délai fixé par le testateur pour accepter ou par le Préteur pour délibérer. Aucune formalité n'est requise pour la renonciation expresse, mais elle n'est efficace, en cas d'institution *cum cretione*, qu'après l'expiration du délai fixé : jusque-là, elle peut être révoquée (4).

§ 1er. *Successions testamentaires.* — Lorsque l'hérédité est déférée par testament, l'institué ne peut légalement connaître sa vocation qu'après l'*ouverture des tablettes*. Le législateur a pris des mesures pour assurer la conservation et la remise immédiate de ces tablettes. La loi Cornelia édicte des peines sévères contre quiconque a détruit ou altéré un testament (5), ou refusé par dol de le produire (6). Aucune formalité n'était requise à cette époque. Moins d'un siècle plus tard, en 759, la loi Julia *vicesimaria*, proposée par Auguste, fit de l'ouverture du testament un acte solennel et public (7). Les tablettes sont portées au bureau du percepteur de l'impôt du vingtième et présentées aux témoins du testament ou à la majeure partie d'entre eux pour la vérification des cachets qu'ils ont apposés (8). Cette formalité

(1) Paul, 21 ad Ed., D., L, 16, 28 pr. ; Ulp., 66 ad Ed., D., XLII, 8, 6, 2.

(2) Ulp., 21 ad Ed., D., L, 17, 134 pr. Seuls les légataires peuvent être autorisés *cognita causa* par le Préteur à attaquer la renonciation frauduleuse faite par un héritier testamentaire qui préfère se présenter comme héritier *ab* intestat pour échapper à la charge des legs. On leur donne une action fictice comme s'il n'y avait pas eu renonciation (Ulp., 50 ad Ed., D., XXIX, 4, 1 pr.). La règle a été appliquée au légataire grevé de fidéicommis, lorsque par son dol il a provoqué l'*omissio hereditatis* (*eod.*, 4, 2) ; à celui qui renonce à la *B. P. contra tabulas* pour demander la succession *ab* intestat (*eod.*, 6, 9).

(3) P. 690, 4. Jul., ap. Ulp., D., XXIV, 1, 5, 13. On ne la traitera pas non plus comme équivalant à la constitution d'une dot profectice, lorsqu'un père renonce à une succession pour en faire profiter le mari de sa fille à titre de substitué ou d'héritier *ab* intestat (Jul., ap. Ulp., *eod.*, D., XXIII, 3, 5, 5).

(4) Gaius, II, 168.

(5) Sans préjudice de l'action de la loi Aquilia (p. 476, 2). Cette loi Cornelia *testamentaria* est sans doute l'un des chapitres de la loi Cornelia *de falsis* proposée par Sylla (666 ou 673). Cf. Voigt, *Rg.*, I, 492.

(6) Paul, V, 25, 1 ; IV, 7, 2-4 ; 3 ad Sab., D., XLVIII, 10, 2. L'édit du Préteur promet à l'héritier l'interdit *de tabulis exhibendis* pour se faire délivrer le testament par celui qui en a reçu le dépôt (Ulp., D,, XLII, 5, 3, 2; Gaius, D., XXIX, 3, 3).

(7) Paul, IV, 6, 2.

(8) Ulp., 50 ad Ed., D., XXIX, 3, 4 ; Gaius, *eod.*, 1, 2. S'ils sont tous absents, le magistrat convoquera des hommes *optimæ opinionis* (Gaius, *eod.*, 7).

remplie, le testament est ouvert et lecture en est donnée. Le percepteur est autorisé à en prendre une copie qui, revêtue de son sceau, est déposée dans ses archives pour y être consultée en cas de perte de l'original (1).

L'ouverture du testament devait être faite aussitôt que possible, ordinairement de trois à cinq jours après le décès. On voulut ainsi faciliter la perception immédiate de l'impôt, éviter toute dissimulation des valeurs héréditaires (2).

Le testament, après son ouverture, reste aux mains de l'héritier qui est tenu d'en donner communication à toute personne intéressée (3). En cas de refus, l'édit du Préteur permet de contraindre l'héritier par l'interdit *de tabulis exhibendis*. La formule arbitraire délivrée en exécution de cet interdit, donne au juge le pouvoir d'estimer le dommage causé au demandeur et de condamner le défendeur en conséquence (4).

En cas de contestation sur le droit à l'hérédité, le testament est déposé provisoirement dans un temple ou chez une personne de confiance (5).

L'ouverture du testament n'a pas toujours pour effet de fixer d'une manière définitive la vocation de l'héritier institué. Cette vocation peut dépendre de l'arrivée d'une condition, de la naissance d'un enfant simplement conçu, de l'issue d'un procès (6).

(1) Paul, IV, 6, 1; cf. le testament de C. Longinus Castor de l'an 189 (*Papyrus de Berlin*, I, 326; II, 11 : *Perfectum et recognitum Arsinoe metropoli in foro Augusti in statione vicesimæ hereditatum et libertatum*). Au Ier siècle, l'impôt était affermé aux publicains (Plin., *Paneg.*, 37 et 40); l'ouverture des testaments avait lieu à cette époque devant le Préteur à Rome (Lab., ap. Ulp., 68 ad Ed., D. XLIII, 5, 3, 9), le gouverneur dans les provinces (Gaius, D., XXIX, 3, 7).

(2) Paul, IV, 6, 3. Cet impôt avait été établi par Auguste au profit de la caisse de retraite qu'il avait créée pour assurer une pension aux soldats qui avaient achevé leur temps de service (*ærarium militare*) (*Test. Ancyr.*, III, 35-39, éd. Mommsen, p. 66). Seuls les héritiers domestiques (Plin., *Paneg.*, 37) et les pauvres (Dio, LV, 25) en étaient exempts. Nerva et Trajan étendirent cette exemption aux ascendants et aux descendants ainsi qu'aux frères et sœurs (Plin., *eod.*, 37-38). Le privilège accordé aux héritiers domestiques était réservé aux « anciens citoyens » : les enfants nés avant que leur père eût acquis le droit de cité, ne pouvaient en jouir même si le prince avait concédé à leur père la puissance paternelle. Nerva décida que la concession de la puissance paternelle suffirait désormais pour assurer aux fils l'exemption de l'impôt par rapport à la succession de leur père, et que pour celle de la mère il suffirait d'obtenir du prince le *jus cognationis*. Trajan supprima ces conditions, et dès lors les nouveaux citoyens furent traités comme les anciens.

(3) Ulp., 50 ad Ed., D., XXIX, 3, 2 pr.; Gaius, *eod.*, 1 pr.

(4) Ulp., D., XLIII, 5, 1 pr.; 3, 11; cf. Paul, V, 7, 6.

(5) Jav., 13 ex Cassio, D., XLIII, 5, 5.

(6) Dans ce dernier cas, le payement de l'impôt sur les successions est nécessairement différé. Pour éviter ce retard préjudiciable au fisc, un édit d'Hadrien décida que l'héritier institué qui présenterait au magistrat un testament d'apparence valable (C., VI, 33, 8 : *Edictum divi Hadriani quod sub occasione vicesimæ hereditatium introductum est;* Paul, III, 5, 17) serait immédiatement envoyé en possession des

Dans le premier cas, le Préteur accorde provisoirement à l'institué une *B. P. secundum tabulas,* en lui faisant promettre sous caution de restituer les biens si la condition vient à défaillir (1). Dans le second cas, le Préteur envoie la mère en possession des biens (2). Cet envoi en possession a pour but de lui assurer pendant sa grossesse des moyens d'existence (3). Le Préteur estime qu'il est d'intérêt public de favoriser la naissance du part : les frais d'entretien de la mère sont comme une dette de la succession (4). Cette règle s'applique sans distinction au posthume sien qui n'a pas été exhérédé (5). Pour le posthume externe, la mère n'a droit à l'envoi en possession que si elle n'a pas de quoi subvenir à ses besoins (6).

En cas de contestation sur le droit de la mère à la *B. P. ventris nomine*, si la mauvaise foi de la demanderesse est évidente, le Préteur rejette la requête ; s'il y a doute, ce doute s'interprète en faveur de la mère (7).

§ 2. *Successions* ab *intestat.* — A défaut d'héritier testamentaire, la succession s'ouvre au profit des héritiers *ab* intestat ou des *bonorum possessores* conformément aux règles déjà indiquées (p. 611). Dans tous les cas, l'héritier le plus proche exclut le plus éloigné. S'il refuse, le droit civil a maintenu la règle : *In hereditate legitima successioni locus non est* (8) qui écarte la dévolution au profit des agnats du degré subséquent (I, 291, 1) ; mais il ne l'a pas appliquée aux successions créées par les Sc.

choses corporelles comprises dans la succession au moment du décès, en attendant le jugement du procès (Sev., Car., C., VI, 33, 1). Cet envoi en possession doit être demandé dans l'année du décès (Paul, III, 5, 14-18).

(1) Pomp., 1 ad Sab., D., XXVIII, 5, 23 pr. ; Ulp., 77 ad Ed., D., II, 8, 12.

(2) Ulp., 5 Disp., D., XL, 4, 13, 3 : *Edictum Prætoris, quo ita cavetur: ventrem cum liberis in possessionem esse jubebo.*

(3) Ulp., 41 ad Ed., D., XXXVII, 9, 1, 2 : *Alimenta; habitatio ;* Paul, 41 ad Ed., *eod.*, 4 pr. ; *Servi*, *ibid.*, 4, 1.

(4) Ulp., *eod.*, 1, 10 et 15 ; 15 ad Sab., *eod.*, 9.

(5) Gaius, 14 ad Ed. prov., *eod.*, 5 pr.

(6) Ulp., 41 ad Ed., *eod.*, 6. L'édit du Préteur *De ventre in possessionem mittendo* existait au temps de Cicéron : d'après Servius, l'héritier institué ou substitué devait non pas réserver les biens héréditaires, mais remettre à la femme l'argent ou les choses nécessaires (ap. Ulp., *eod.*, 1, 24), constituer un gardien, si c'était utile, par exemple pour un troupeau ; enfin, s'il y avait quelque difficulté, la soumettre à un arbitre (*ibid.*, 1, 25). Plus tard l'usage s'introduisit de demander la nomination d'un curateur (*curator ventris*) chargé de fournir à la mère ce qu'il jugeait nécessaire eu égard à la fortune du défunt, à son rang social et à celui de la femme (*Ibid.*, 1, 19 et 20). Ce curateur était d'ordinaire chargé en même temps de la garde des biens héréditaires (*curator bonorum*). Il était responsable vis-à-vis des créanciers de la succession (*ibid.*, 1, 17 et 18, 22 et 23). La constitution d'un curateur au ventre fut consacrée par l'édit perpétuel : la mère en demandait la nomination aux magistrats du peuple romain (Mod., 7 Diff., D., XXVI, 3, 20 pr.).

(7) Hadr., ap. Ulp., *eod.*, 1, 14-16 ; XLIII, 4, 3 *in fine*.

(8) Paul, IV, 8, 21.

Tertullien et Orfitien (1). En cela il s'est inspiré de l'Édit du Préteur qui admet la dévolution d'ordre à ordre au profit des *bonorum possessores* (2), et même de degré à degré, dans l'ordre des cognats. C'est ce que Papinien appelle *beneficium edicti successorii* (3). La dévolution a lieu, non seulement en cas de renonciation, mais aussi à défaut d'acceptation dans le délai fixé par le Préteur. Ce délai, qui est ordinairement de cent jours, est porté à un an pour les ascendants et descendants (4).

§ 3. *Des successions vacantes.* — Depuis la loi Julia *caducaria,* les successions qui ne sont réclamées ni par un héritier testamentaire ni par un héritier *ab* intestat, sont déférées au peuple romain (5). L'usucapion *pro herede* ne fait plus acquérir la qualité d'héritier (I, 529, 1). Un délai de quatre ans est imparti au Trésor pour faire valoir son droit. Ce délai court à dater du moment où il est devenu certain qu'il n'y a ni héritier ni *bonorum possessor;* tant qu'il n'est pas expiré, le Trésor peut revendiquer les biens contre tout possesseur (6). Après quatre ans, les tiers qui se sont mis en possession des biens héréditaires ne peuvent être inquiétés, soit que la vacance n'ait pas été dénoncée au préfet du Trésor, soit que ce magistrat n'ait pas jugé à propos de revendiquer les biens (7).

Le peuple romain n'est pas assimilé à un héritier ordinaire : 1° Il n'est pas tenu des dettes *ultra vires* (8). Le Trésor est traité comme un successeur aux biens. L'hérédité insolvable est vendue au profit des créanciers ; le Trésor recueille l'excédent s'il y en a (9). 2° Si le Trésor vend lui-même une succession vacante, l'acheteur est seul tenu envers les créanciers héréditaires (10), et il a seul qualité pour poursuivre les débiteurs, (p. 635, 4). 3° Le Trésor doit respecter les affranchissements et les legs mis à la charge de l'héritier défaillant (11).

En attribuant au peuple romain (12) les successions vacantes,

(1) Ulp., 12, 13 ad Sab., D., XXXVIII, 17, 1, 9 ; 2, 8 et 14.

(2) Ulp., 49 ad Ed., D., XXXVIII, 9, 1 pr. : *Ne bona hereditaria vacua sine domino diutius jacerent et creditoribus longior mora fieret.*

(3) 6 Resp., *eod.*, 2 ; Ulp., 46 ad Ed., D., XXXVIII, 8, 1, 10.

(4) Ulp., D., XXXVIII, 9, 1, 5 ; 1, 8 et 12 : *In honorem sanguinis videlicet, quia arctandi non erant, qui pæne ad propria bona veniant.* Cf. p. 623, 1.

(5) Ulp., XXVIII, 7 ; Gaius, II, 150 ; Jul., 30 Dig., D., XXX., 96, 1.

(6) Ant. P., ap. Callist., D., XLIX, 14, 1, 2 ; Pap., D., XL, 4, 50 pr.

(7) Pap., 13 Resp., D., XLIII, 5, 10.

(8) L'opinion contraire de Labéon (D., XLIX, 14, 1, 1) n'a pas prévalu.

(9) Jav., 9 *Ep.*, *eod.*, 11.

(10) Sev., Car., C., IV, 39, 1 ; cf. Paul, 1 Resp., D., XLIX, 14, 41.

(11) Jul., 39 Dig., D., XXX, 96, 1 ; Gaius, D., XLIX, 14, 14.

(12) Certaines cités jouissaient du privilège de recueillir, à la place du fisc, les

la loi Julia a voulu créer pour le Trésor une nouvelle source de revenus ; d'où la faculté pour l'Etat d'y renoncer au moins partiellement (p. 618, 7) (1).

§ 4. *Délai pour délibérer.* — Bien que l'héritier ne soit pas tenu légalement de prendre parti dans un certain délai, il peut y être forcé par une clause du testament. On dit alors qu'il est institué *cum cretione ;* s'il n'accepte pas dans le délai fixé, il est considéré comme renonçant (I, 536). L'héritier institué *sine cretione*, de même que l'héritier *ab* intestat, peut faire adition à toute époque, mais il a intérêt à le faire sans retard pour rendre transmissible son droit héréditaire. Il peut même à la requête des créanciers de la succession, être forcé par le Préteur à se prononcer dans un certain délai.

1° D'après l'édit du Préteur (2), les créanciers de la succession ont le droit de demander la vente des biens de leur débiteur, s'il est certain qu'il ne laisse aucun héritier. Pour que leur droit ne reste pas trop longtemps en suspens, ils sont autorisés à interroger en justice les personnes appelées à la succession (3) ; ils les mettent en demeure de se prononcer dans le délai qui leur est imparti par le Préteur (4) ; faute de quoi, l'héritier sera réputé renonçant (5). Ce droit existe même à l'encontre des héritiers siens qui sont invités à déclarer s'ils entendent invoquer le bénéfice d'abstention (6). Ce bénéfice met les héritiers siens dans une situation analogue à celle des héritiers externes (7). — Le délai accordé pour délibérer était ordinairement de cent jours (8).

2° Tout héritier peut également, sans en être requis, demander au Préteur un délai pour délibérer. Cette faculté, qui paraît due à la jurisprudence (9), procure à l'héritier divers avantages : il

successions vacantes ouvertes sur leur territoire. Ce privilège fut supprimé par Dioclétien en 292 (C., X, 10, 1). Cf. p. 66, 4.

(1) Cette faculté ne se concevrait guère si, comme on l'a prétendu (Accarias, I, 1291), la loi Julia avait consacré le principe que la propriété individuelle est une émanation du droit supérieur de l'Etat.

(2) Cet édit existait au temps de Cicéron (t. I[er], 525, 1).

(3) Ulp., 22 ad Ed., D., XI, 1, 2 ; 4, 1. Cf. p. 751.

(4) Ulp., 60 ad Ed., D., XXVIII, 8, 1, 1 ; Pomp., 1 ad Sab., D., XXVIII, 5, 23, 2; Ulp., 49 ad Ed., D., XXXVIII, 9, 1 pr.

(5) Gaius, II, 167. Sous Justinien, l'héritier est réputé acceptant (C., VI, 30, 22, 14). Cf. p. 856, 3.

(6) Arg. Ulp., 61 ad Ed., D., XXVIII, 8, 8.

(7) Jul., 33 Dig., D., XXX, 89 : *Prætor enim permittendo his, qui in potestate fuerint, abstinere se hereditate paterna, manifestum facit, jus se in persona eorum tribuere, quod futurum esset, si liberum arbitrium adeundæ hereditatis habuissent.*

(8) Paul, 57 ad Ed., D., XXVIII, 8, 2. Il pouvait être prorogé pour cause grave (Ulp., 60, 61 ad Ed., *eod.*, 3 et 4).

(9) Aristo, ap. Ulp., 8 ad Sab., 70 ad ad Ed., D., XXVIII, 8, 28 et 5 pr.

peut demander la communication des comptes du défunt à qui en est dépositaire; aliéner les objets susceptibles de dépérissement, payer les dettes urgentes avec l'autorisation du Préteur, sans s'exposer à être traité comme ayant fait un acte d'héritier (1). Le fils du défunt peut aussi demander qu'on lui fournisse des aliments aux dépens de l'hérédité (2).

§ 5. *Intransmissibilité du droit héréditaire avant l'adition.* — La vocation à l'hérédité a été longtemps considérée à Rome comme un honneur plutôt que comme un avantage pécuniaire. Aussi est-elle essentiellement attachée à la personne désignée par le testateur (3). Cette conséquence a été maintenue même à l'époque où une conception nouvelle se fit jour, où le droit héréditaire fut apprécié en raison de l'émolument qu'il procure à l'héritier. De là la règle : *Hereditatem, nisi fuerit adita, transmitti veteres nec concedebant nec nos patimur.* Elle s'applique également à la *B. P.* (4). Seuls les héritiers siens, dispensés de faire adition, transmettaient à leurs enfants leur droit à l'hérédité paternelle, alors même qu'ils ne s'étaient pas immiscés dans la succession (5). L'héritier externe qui voulait conserver à sa famille le bénéfice de l'hérédité, devait se hâter d'accepter; une prompte adition donnait en même temps satisfaction aux intérêts du culte et à ceux des créanciers (I, 299).

Pourtant la règle de l'intransmissibilité du droit héréditaire avant l'adition conduisait parfois à un résultat contraire à l'équité, lorsque l'héritier avait été légalement ou matériellement empêché de prendre parti. Julien, le premier à notre connaissance, écarta cet inconvénient en matière de *B. P.* (6). La jurisprudence et les constitutions en firent autant pour l'hérédité (7).

Dans un seul cas, la règle de l'intransmissibilité fut rigoureusement maintenue : lorsque l'héritier était mort avant l'ouverture du testament. L'empêchement, résultant des lois caducaires, avait été établi dans l'intérêt du fisc : il ne dépendait pas de la jurisprudence de lui en enlever le bénéfice, et les empereurs ne

(1) Gaius, 23 ad Ed. prov., *eod.*, 3; Ulp., *eod.*, 7, 3; D., XXIX, 2, 20, 1.
(2) Paul, D., XXVIII, 8, 9.
(3) Sur l'*in jure cessio hereditatis* permise à l'héritier *ab* intestat avant l'adition, cf. t. Ier, p. 291.
(4) C., VI, 51, 1, 5; Ulp., 39 ad Ed., D., XXXVII, 1, 3, 7.
(5) Paul, 1 ad Sab., D., XXIX, 2, 7, 1.
(6) 24 Dig., D., XXVII, 4, 5.
(7) Tantôt l'empêchement vient de la règle qui ne permet pas de faire adition tant qu'on ignore si le *de cujus* a laissé ou non un testament (Paul, 2 ad. Sab., D., XXIX, 2, 22; 3 Sent., *eod.*, 93 pr.), s'il est mort *sui juris* ou *alieni juris* (Ulp., 8 ad Sab.,

crurent pas devoir renoncer à cette source de revenus jusqu'au milieu du v[e] siècle de notre ère (1).

II. ACQUISITION DES SUCCESSIONS. — § 1[er]. *Adition.* — L'acquisition de la succession résulte en principe d'un acte distinct et postérieur à la délation. Elle exige une manifestation de volonté de l'héritier, une adition (I, 536). Il faut de plus, s'il s'agit d'une succession prétorienne, faire reconnaître par le magistrat qu'on a droit à la *B. P.*

1° C'est à dater de l'adition que l'hérédité entre dans le patrimoine de l'héritier. Cette règle s'applique aux héritiers externes ou *volontaires*. Elle souffre exception pour les héritiers *siens et nécessaires*, ainsi que pour les héritiers *nécessaires*. Dans ces deux cas, l'acquisition se réalise à l'instant même de la délation. Il y a donc à distinguer trois classes d'héritiers : les héritiers volontaires ou externes, les héritiers siens et nécessaires, les héritiers nécessaires. On a expliqué (I, 286 ; 536, 1) ce qu'étaient les héritiers siens et nécessaires, et pourquoi on les dispensait de faire adition. Quant aux héritiers nécessaires, ce sont des esclaves institués par leur maître en même temps qu'affranchis, et qui, bon gré mal gré, sont investis de la qualité d'héritier dès l'instant de la mort du testateur (2).

eod., 32, 2), tantôt du Sc. Silanien et de l'édit prétorien corrélatif (ULP., 50 ad Ed., D., XXIX, 5, 3, 18) qui défend d'ouvrir le testament d'un citoyen assassiné avant que ses esclaves n'aient été mis à la question : dans tous ces cas il était excessif de faire perdre à l'héritier mort avant d'avoir pu faire adition le bénéfice de la succession. Julien, Scævola, Papinien, Ulpien sont d'accord pour décider que le Préteur devra venir au secours des héritiers du successible et leur accorder l'*in integrum restitutio* (JUL., *loc. cit.;* PAP., 14 Quæst., D., XXXVII, 10, 12; cf. M. AUR., ap. PAP., 13 Quæst., D., XXXVIII, 2, 42, 3; ULP., 43 ad Ed., *eod.*, 6, 1 ; SCÆV., ap. ULP., 50 ad Ed., D., XXIX, 5, 3, 30). Même décision dans un rescrit d'Antonin rendu en faveur d'un citoyen qui, absent pour un service public, n'a pu donner à son fils résidant en province et mort avant son retour, l'ordre de faire adition (ULP., D., XXIX, 2, 30 pr.; MÆC., ap. PAP., *eod.*, 86 pr.), dans un rescrit de Sévère et Caracalla, en faveur des héritiers d'un centurion mort au service et qui n'avait pu demander une *B. P.* dans les délais (C., II, 50, 1). Enfin Scævola accorde l'*in integrum restitutio* aux héritiers d'un mineur de 25 ans qui a négligé d'accepter une succession dans les délais ou qui l'a répudiée, par simple inexpérience et sans qu'on puisse alléguer aucun empêchement légal ou matériel (D., IV, 4, 24, 2).

(1) THEOD., II, C., VI, 52, 1 (Orient).

(2) GAIUS, II, 152-154. L'usage d'instituer un héritier nécessaire s'est introduit au VII[e] siècle. Il se rattache, d'après Gaius, à la procédure de la *bonorum venditio* qui apparaît à cette époque. Le testateur, qui craint de mourir insolvable, choisit pour héritier son esclave, afin que la vente des biens à la requête des créanciers ait lieu sous le nom de son héritier : c'était un moyen d'empêcher l'infamie attachée à la *B. V.*, d'atteindre sa mémoire, et de la rejeter sur la tête de l'héritier. Ce sentiment peu charitable ne fut pas accueilli par la jurisprudence sans protestation : Sabinus soutint qu'on ne devait pas considérer comme infâme celui qui subissait la *B. V.* non par sa faute, mais par une nécessité de droit; mais cette opinion, dit Gaius, n'a pas prévalu. On estima que l'esclave trouvait une compensation suffisante dans l'obtention de la liberté.

L'ancien droit ne connaissait d'autre forme d'adition que la *cretio*, déclaration solennelle devant témoins (I, 536). En droit classique, il y a deux autres modes, la *pro herede gestio* et la simple manifestation de volonté.

a) La *p. h. gestio* consiste à faire acte d'héritier (1) : tel était anciennement le cas de celui qui usucapait *pro herede* (2). Mais à cette époque, la *p. h. gestio* ne faisait pas acquérir immédiatement la qualité d'héritier comme la *cretio* : au début de l'Empire, on discutait encore sur l'efficacité qu'il convenait d'attribuer à la *p. h. gestio* (p. 594, 8). Marc-Aurèle décida que la *p. h. gestio* aurait le même effet que la *cretio* et que l'institué aurait toute l'hérédité. La *p. h. gestio* n'était à cette époque un mode normal de faire adition que dans deux cas : pour une hérédité *ab* intestat, pour une institution *sine cretione*. — L'acte d'héritier doit être fait dans l'intention de se porter héritier. S'il peut s'expliquer d'une autre manière, s'il a été fait *pietatis* ou *custodiæ causa*, il ne vaut pas acceptation (3). Au IIIe siècle, on n'exige plus d'ailleurs une mainmise sur les biens héréditaires : l'acte d'héritier n'implique plus nécessairement une prise de possession (4).

b) Le progrès du droit a fait admettre que l'adition pourrait résulter d'une simple manifestation de volonté (*nuda voluntas suscipiendæ hereditatis*). Il en était ainsi au Ier siècle (5).

2° A la différence de l'hérédité, la *B. P.* exige pour son acquisition une demande écrite (*agnitio*) adressée au Préteur (6). Ordinairement, cette demande est accueillie séance tenante (*de plano*) : c'est le cas de la *B. P. edictalis*. Il en est autrement de la *B. P. decretalis*, qui est accordée *pro tribunali*, après enquête, en vertu d'un décret en forme (7). Tandis que la *cretio* doit être faite par l'héritier en personne (I, 536, 6), la *B. P.* peut être demandée par un mandataire, par le tuteur d'un impubère ou par le père d'un *infans* (8).

(1) Jul., ap. Ulp., 61 ad Sab., D., XXIX, 2, 20 pr.

(2) L'usucapion antique avait son fondement non pas dans une possession prolongée, mais dans l'usage d'une chose conformément à sa destination. Pareillement l'*usucapio pro herede* supposait que l'on se servait, comme un héritier, des biens héréditaires. Or telle est la définition de la *p. h. gestio* d'après Gaius (II, 168) : *Si pro herede gerat, id est si rebus hereditariis tanquam heres utatur.*

(3) C'est l'opinion que Papinien a fait prévaloir contre l'avis de Julien (ap. Ulp., D., XXIX, 2, 20, 3).

(4) Paul, 1 Quæst., *eod.*, 88.

(5) Cass., ap. Ulp., 8 ad Sab., *eod.*, 5, 5 ; Gaius, II, 167.

(6) Theoph., ad Inst., III, 9. L'*agnitio* est mentionnée dans un papyrus gréco-égyptien (Grenfell and Hunt, *The Amherst Papyri*, II, 87).

(7) Ulp., 49 ad Ed., D., XXXVIII, 15, 2, 1 et 2.

(8) Ulp., 39 ad Ed., D., XXXVII, 1, 3, 7 ; Paul, 1 Man., D., XXIV, 2, 48. Le

La *B. P.* doit être demandée dans le délai fixé par l'édit : un an utile pour les ascendants et descendants, cent jours utiles seulement pour toutes autres personnes (1).

3° L'adition, une fois faite, est irrévocable. Aussi la jurisprudence a-t-elle subordonné à des conditions rigoureuses la validité de cet acte. Il faut : *a*) que l'hérédité ait réellement été déférée (2); *b*) que l'héritier sache que la succession lui est offerte et à quel titre (3); *c*) que l'acceptation ait lieu sans réserves ni conditions (4); *d*) qu'elle soit faite par une personne capable (5).

§ 2. *Conditions requises pour acquérir une succession ;* jus capiendi. — L'héritier qui fait adition doit être capable de fait et de droit : il doit avoir la *testamenti factio* (p. 586) et être en état de manifester sa volonté. Les personnes incapables de volonté, comme l'*infans sui juris* et le fou (6), ne peuvent accepter une succession ; mais leur tuteur ou curateur peut demander pour elles la *B. P.* (7).

Les conditions qui précèdent ont toujours été maintenues pour les héritiers *ab* intestat ; mais pour les héritiers testamentaires, les lois caducaires ont ajouté une exigence nouvelle : le droit de recueillir une hérédité ou un legs (*jus capiendi*) (8). Auguste eut la pensée d'encourager les citoyens au mariage en refusant aux célibataires certains avantages promis aux pères de famille. Il espéra qu'à défaut du sentiment du devoir, les citoyens seraient détournés du célibat par les calculs de leur intérêt. La tâche ne fut pas aisée : pour aboutir à un résultat, il fallut deux lois successives, la loi Julia *de maritandis ordinibus* de 736, la loi

droit classique suit la même règle pour l'acceptation *nuda voluntate :* mais le mandat doit être spécial (Cass., *loc. cit*). Cf. pour le tuteur : Ulp., 1 ad Sab., D., XXXVII, 1, 7, 1 ; Paul, 8 ad Plaut., *eod.*, 8. Voir p. 797, 2.

(1) Inst., III, 9, 9 ; Jul., 28 Dig., D., XXXVIII, 15, 4, 1. Cf. p. 618, 4.

(2) Ulp., 7 ad Sab., D., XXIX, 2, 21, 2.

(3) Pap., 24 Quæst., D., L, 17, 76 : *In totum omnia quæ animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt.* Cf. Ulp., 7 et 8 ad Sab., D., XXIX, 2, 15 ; 32 ; 34 ; Paul, 59 ad Ed., *eod.*, 19.

(4) Afr., 4 Quæst., *eod.*, 51, 2 ; Ulp., 7 ad Sab., *eod.*, 10.

(5) Voir pour les personnes *alieni juris* qui ne peuvent faire adition que sur l'ordre du *paterfamilias*, t. Ier, p. 537, 3.

(6) Il y eut controverse pour le fou (C., V, 70, 7, 3). Quant au prodigue il est resté capable de faire adition d'hérédité (Ulp., 1 ad Sab., D., XXIX, 2, 5, 1). Audibert (I, 511 et 224) restreint cette décision aux prodigues interdits *lege ;* elle ne s'appliquerait pas à celui que le magistrat a mis en curatelle.

(7) P. 157. Cette *B. P.* devait être accordée d'une manière définitive suivant les Sabiniens, provisoire suivant les Proculiens. L'opinion des Sabiniens prévalut pour l'*infans* (Gaius, D., XXVI, 8, 11), celle des Proculiens pour le fou (Ulp., XXXVIII, 17, 2, 11 et 13 ; C., V, 70, 7 ; Pap., D., XXXVII, 3, 1).

(8) La distinction de la *testamenti factio* et du *jus capiendi* se retrouve dans la loi qui a réglé la condition des Latins Juniens (p. 149, 4).

Papia Poppæa de 762 (1). La première avait paru trop rigoureuse. En présence de l'opposition des chevaliers, Auguste dut en suspendre l'exécution; il accorda un sursis de trois ans, puis un autre de deux ans. Les délais expirés, on s'efforça d'éluder la loi ; il fallut l'amender : tel fut l'objet de la loi Papia (2). On ne peut déterminer sur tous les points les dispositions appartenant en propre à ces deux lois. Historiens et jurisconsultes en parlent comme si elles formaient un seul tout. Nous suivrons leur exemple en donnant une idée d'ensemble de ces lois.

Les avantages promis aux *patres* furent les uns d'ordre politique, les autres pécuniaires. La loi facilite aux pères de famille l'accès aux magistratures supérieures : elle les dispense de l'intervalle qui doit séparer deux magistratures; le délai est réduit d'un an pour chaque enfant (3). Elle leur assure la préférence dans les élections en cas d'égalité de suffrages avec leur concurrent; elle leur donne la préséance sur leurs collègues (4). Quant aux avantages pécuniaires, Auguste renonça à les mettre à la charge du Trésor. Il eut recours à un procédé renouvelé de la loi Voconia (5); il retira aux célibataires le droit de recueillir en vertu d'un testament, mais au lieu de réserver exclusivement au Trésor la part caduque, il donna aux *patres* gratifiés par le même testament la faculté de la revendiquer. A défaut de *patres*, le Trésor en profitait (6). Tel est le point de départ du système inauguré par les lois caducaires. Quelques détails sont nécessaires pour en comprendre l'économie.

1° La loi Julia visait uniquement le *cælebs;* la loi Papia y a joint l'*orbus*. Le *cælebs* est d'abord celui qui n'est pas encore marié (7). C'est ensuite celui qui n'est pas actuellement marié,

(1) M. Papius Mutilus et Q. Popœus Secundus furent consuls suffects le 1er juillet 762 (*Fasti Capit. et min.* XIV. La date de la loi Julia est fixée par Dio., LIV, 16). Le témoignage de Dion Cassius est confirmé par une inscription trouvée à Rome en 1890 et contenant le procès-verbal des actes des jeux séculaires de l'an 737. Parmi ces actes figure un sénatusconsulte du 23 mai qui permet aux citoyens *qui nondum sunt maritati, qui lege de marita*[*ndis ordinibus tenentur*], d'assister, sans encourir aucune peine (*sine fraude sua*), à des jeux institués *religionis causa*. La loi Julia existait donc en 737 : c'est à elle que se réfère Horace (*Carm. Sæc.*, **17**.)

(2) Il semble résulter de Suétone (*Aug.*, 34) qu'il y eut, antérieurement, en 757, une seconde loi Julia qui vint *retractare* la première et l'amender *aliquanto severius*. Les sursis dont parle Suétone paraissent relatifs à cette loi. Il ne peut s'agir de la loi de 736, à cause de l'allusion à Germanicus qui naquit en 739. Cf. Karlowa, I, 618.

(3) Plin., *Ep.*, VII, 16 ; Ulp., 19 ad l. Jul. et Pap., D., IV, 4, 2.

(4) *Lex Malacit.*, c. 56; Gell., II, 15, 4 : *Capite VII legis Juliæ.*

(5) Plin., *Pan.*, 37 : *Locupletabant et fiscum et ærarium Voconiæ et Juliæ leges.*

(6) Tac., *Ann.*, III, 28 : *Velut parens omnium populus vacantia teneret.*

(7) Sc. *de ludis secularibus* (*Ephem. epigr.*, VIII, 248).

c'est-à-dire le veuf et le divorcé (1). Le *cælebs* est également celui qui a contracté une union contraire aux prohibitions de la loi (2). Cette règle qui, dans le principe, fut sans doute générale, a dû être modifiée lorsqu'on distingua parmi les individus non mariés ceux qui avaient des enfants (3); on ne pouvait traiter ceux qui avaient donné des enfants à la patrie aussi rigoureusement que les réfractaires (4). L'*orbus* est celui dont le mariage est stérile, le citoyen marié sans enfants. La loi Julia ne s'était pas occupée de lui; la loi Papia le punit, comme s'il était en faute : il perd la moitié des successions ou des legs qui lui sont laissés (5).

L'incapacité, dont les *cælibes* et les *orbi* sont frappés, est une incapacité *sui generis*. Les lois caducaires n'ont modifié en rien les règles anciennes sur la capacité requise pour être héritier ou légataire : elles ont retiré à certaines personnes le *jus capiendi hereditates legataque* tout en leur conservant la *testamenti factio*. La distinction de ces deux éléments de la capacité requise pour acquérir une hérédité ou un legs n'est pas sans intérêt pratique : ils doivent exister chez l'héritier ou le légataire à des époques différentes. La *testamenti factio* est requise dès la confection du testament; il suffit d'avoir le *jus capiendi* lors de la délation de l'hérédité; et encore accorde-t-on au *cælebs* un délai de grâce de cent jours pour satisfaire à la loi (6).

2° En regard des personnes frappées de déchéances plus ou moins étendues (*cælebs, orbus, pater solitarius*), il y a celles que la loi récompense : ce sont les *patres*. Les *patres* sont les hommes gratifiés par le même testament et qui ont des enfants (7). La loi leur accorde le *jus capiendi* et la *caducorum vindicatio;* ils recueillent intégralement les institutions ou les legs qui les con-

(1) La loi de Malaca c. 56 parle du *cælebs liberos non habens*, ce qui implique l'existence du *cælebs liberos habens*, donc un veuf ou un divorcé.

(2) Ulp., XIII, 1-2 ; Paul, D., XXIII, 2, 44 pr. ; Cels., *eod.*, 23 ; Dio, LIV, 16.

(3) Cette distinction paraît due à la loi Papia, qui enleva pour partie le *jus capiendi* aux citoyens mariés *ob id quod liberos non habebant* (Gaius, II, 286[a]).

(4) Cette conclusion paraît confirmée par une rubrique des *Règles* d'Ulpien qui distingue le *pater solitarius* du *cælebs* et de l'*orbus*. Le *pater solitarius* est le père de famille veuf ou divorcé, le *cælebs liberos habens*. On ignore d'ailleurs s'il était assimilé à l'*orbus* ou s'il était mieux traité (Cf. Machelard, *Accroissement*, 109).

(5) Gaius, II, 286[a]. Pour être relevé de cette incapacité, était-il nécessaire d'avoir plusieurs enfants? C'est un point que nous examinerons à propos des privilèges des *patres* et qui doit être, à notre avis, résolu d'une manière différente suivant qu'il s'agit d'un homme ou d'une femme.

(6) Ulp., XVII, 1. Il n'y pas de texte pour l'*orbus*. Au III[e] siècle, on va jusqu'à permettre l'institution faite sous la condition *cum capere poterit* (Mod., D., XXVIII, 5, 63).

(7) Gaius, II, 206, 286[a] : *qui ex eo testamento liberos habent.*

cernent personnellement; ils ont en outre le droit de réclamer les parts caduques des personnes gratifiées par le même testament. Sont caduques les dispositions testamentaires qui, valables d'après le droit antérieur, sont frappées de nullité par les lois caducaires : telles sont les dispositions faites aux *cælibes* (1). La *caducorum vindicatio* exclut le droit d'accroissement (2) ; elle en diffère par son fondement, ses conditions d'exercice, ses effets : c'est un privilège que la loi confère aux *patres* sur leur demande et qui leur fait acquérir les parts caduques avec les charges qui les grèvent (3).

S'il y a à la fois des héritiers et des légataires ayant des enfants, la loi Papia appelle au premier rang les héritiers institués, au second rang les légataires. Si la disposition caduque est un legs fait *conjunctim*, le colégataire *pater* exclut toute autre personne, héritière ou légataire. Si c'est une institution d'héritier, le cohéritier *pater*, qui est *conjunctus re tantum* ou *re et verbis* exclut les autres cohéritiers (4). La loi n'exige pas que le *pater* ait plusieurs enfants : un seul suffit (5). L'enfant doit être un de ceux à qui le Préteur promet la *B. P. unde liberi* (héritiers siens, enfants émancipés). L'enfant adoptif étant héritier sien, l'adoption fournit un moyen facile d'éluder la loi : un Sc. de l'an 62 coupa court à cette fraude. Dès lors, le *pater* est celui qui a un enfant né de son mariage ou du mariage d'un fils décédé (6). Cet enfant doit être vivant : cette condition, qui n'est pas ici formellement exprimée, est

(1) Justinien (C., VI, 51, 1, 1-5) distingue les *caduca* des *quasi caduca* et des dispositions *pro non scriptis*. Les quasi-caduques sont celles qui manquent leur effet pour une cause étrangère aux lois caducaires, comme la renonciation d'un institué; elles profitent aux personnes jouissant du *jus antiquum*, s'il y en a, à l'exclusion des *patres*. Sont *pro non scriptis* les dispositions qui n'ont pas été valablement faites : elles ne sont pas régies par les lois nouvelles.

(2) Ce droit ne peut être invoqué que par ceux qui ont le *jus antiquum*, ou pour les dispositions *pro non scriptis*.

(3) La *caducorum vindicatio* est à son tour exclue par la présence d'un substitué capable et jouissant seulement du *jus capiendi*. Tel qui n'a ni la qualité de *pater* ni le *jus antiquum*, recueillera cependant les parts caduques de ses cohéritiers s'il leur est substitué et qu'il ait la *solidi capacitas*. De là l'usage de substituer les héritiers les uns aux autres : c'était un moyen d'augmenter le : chances d'exclure les lois caducaires. Les substitutions réciproques furent soumises à deux règles qui dérogent au droit commun : 1° l'acquisition des parts vacantes es tforcée ; le substitué ne peut pas y renoncer comme dans une institution ordinaire ; 2° l'acquisition a lieu *cum onere* (p. 594, 4) comme dans la *caducorum vindicatio*.

(4) Gaius, II, 207 ; Paul, 6 adl . Jul. et Pap., D., L, 16, 142.

(5) L'assertion contraire de Dion Cassius (IV, 2) est contredite par Gaius (8 ad leg. Jul. et Pap., D., L, 16, 148) : *Non est sine liberis cui vel unus filius, unave filia est : habet liberos, non habet liberos, semper plurativo numero profertur, sicut et pugillares et codicilli.*

(6) Tac., *Ann.*, XV, 19; *Vat. fr.*, 195.

de règle pour les privilèges accordés *propter liberos* (1).

Le droit aux parts caduques est un privilège des *patres* (2) : la mère ne saurait s'en prévaloir : elle ne peut avoir de *liberi* dans le sens qui vient d'être indiqué (3) ; on sait d'ailleurs que la législation romaine n'était pas favorable à l'attribution des successions testamentaires aux femmes (I, 541). Si les lois caducaires n'ont donné à la mère aucun droit sur les *caduca*, elles lui ont cependant accordé certains privilèges dont l'obtention dépend du *jus liberorum* (4). C'est d'abord le droit de recueillir sans restriction les hérédités et les legs qui lui sont laissés, puis la libération de la tutelle et la liberté de tester (5).

3° Les lois caducaires ont exempté de toute peine certaines classes de personnes; elles leur accordent le *jus solidi capiendi* ou la *solidi capacitas*, c'est-à-dire la faculté de recueillir sans restriction la totalité de leur part héréditaire. Cette faveur est accordée : 1° en raison de l'âge, aux hommes âgés de moins de 25 ans ou de plus de 60 (6), aux femmes de moins de 20 ans ou de plus de 50 (7) ; 2° aux cognats jusqu'au 6e degré, et même

(1) *Incolumes liberi :* Mod., 2 Exc., D., XXVII, 1, 2, 4 ; Ulp., 2, 3 Opin., D., L, 4, 3, 6 ; 4 ; L, 5, 2, 5.

(2) A défaut de *patres*, les *caduca* sont attribués au trésor public (p. 624, 6), plus tard au fisc. La substitution du fisc au trésor public paraît avoir été opérée d'une façon progressive. Bien qu'il n'y ait pas de texte décisif antérieur au IIIe siècle, il n'est pas douteux que dans certaines provinces comme l'Egypte, les *caduca* n'ont jamais été attribués à l'*ærarium*. Caracalla a-t-il innové à cet égard et supprimé les privilèges des *patres*? C'est ce qui semble résulter d'Ulpien (XVII, 2). En tout cas, cette innovation n'a été que temporaire, car Justinien atteste que, jusqu'à l'abrogation des lois caducaires, le fisc ne venait qu'au dernier rang (C., VI, 15, 1, 14).

(3) Gaius, 10 ad l. Jul. et Pap., D., XXXVIII, 16, 13. On a prétendu cependant que la femme mariée était relevée de la déchéance de l'*orbitas* lorsqu'elle avait un enfant. L'opinion contraire prévaut à juste titre : elle s'appuie sur une constitution de l'an 380, au préfet d'Illyrie (*C. Th.*, IX, 42, 9). Théodose Ier emprunte à la loi Papia la distinction entre la mère qui a le *jus liberorum* et celle qui est privée des privilèges de la loi Papia, *neque trino partu fecunditati publicæ gratiosa.* La seule faveur que l'on fasse à la mère, c'est de ne pas exiger que ses enfants soient encore vivants (arg. Paul, IV, 9, 9). La jurisprudence accorde à la mère le *jus capiendi* plus facilement que le bénéfice du Sc. Tertullien (Paul, D., L, 16, 137 ; Ulp., *eod.,* 135 ; cf. Paul, IV, 9, 2 et 3).

(4) P. 81, 2 ; 160, 5. Ce droit subsistait encore au milieu du IVe siècle (*Archiv für Papyrusforschung*, I, 310).

(5) P. 160, 5. Gaius, I, 194. Gaius (III, 50) signale quelques autres privilèges accordés à la patronne sur les biens de ses affranchis, suivant qu'elle a deux ou trois enfants, si elle est ingénue, trois enfants si elle est affranchie. Mêmes privilèges au fils de la patronne, s'il a un seul enfant (Gaius, III, 53).

(6) Ulp., XVI, 1a. L'âge de 25 ou de 20 ans est, dit Ulpien, l'âge à partir duquel la loi Papia exige des enfants. La loi Julia avait fixé le même âge comme limite du célibat. D'où la remarque de Tertullien (*Apol.*, 4) : *Nonne vanissimas Papias leges, quæ ante liberos suscipi cogunt quam Juliæ matrimonium contrahi?* S. Sévère fit disparaître cette inconséquence, on ne sait de quelle manière.

(7) L'exception, établie par Auguste, en faveur des personnes de plus de soixante ou cinquante ans, ne pouvait avoir qu'un caractère temporaire : c'était une excuse

au 7e pour les enfants nés d'un cousin issu de germain; 3° au conjoint du testateur (1) et à certains alliés (2), alors même que le mariage ou l'alliance n'aurait pas subsisté jusqu'au décès du testateur; 4° à la veuve pendant deux ans depuis la mort de son mari, à la femme divorcée pendant dix-huit mois (3).

4° Plus favorisées encore étaient les personnes autorisées à invoquer le *jus antiquum*. Non seulement elles avaient le droit de recueillir intégralement la part que le testateur leur avait attribuée, mais encore elles profitaient des parts de leurs cohéritiers défaillants (*quasi caduca*) en vertu du droit d'accroissement; elles profitaient aussi des legs mis à leur charge et non réclamés. Ces personnes sont les ascendants et descendants du testateur jusque et y compris le 3e degré (4).

5° Enfin la loi Papia établit des règles spéciales pour la succession testamentaire entre époux : 1° le conjoint survivant a le droit de recueillir 1/10 de la succession en propriété et 1/3 en usufruit; il peut même avoir ce tiers en propriété s'il a des enfants. Il peut aussi recueillir un dixième en plus par chaque enfant vivant et issu d'un autre mariage; si c'est un enfant commun, il suffit qu'il ait survécu au *dies lustricus;* 2° la femme peut toujours recueillir la totalité de sa dot, si elle lui est léguée; 3° la loi Voconia n'est pas applicable entre époux, ils ont entre eux la *libera testamenti factio*. Le mari dont la fortune est supérieure à cent mille sesterces peut instituer sa femme (5).

§ 3. *Indignité*. — L'indignité est une cause d'exclusion d'une succession. C'est une déchéance qui frappe certains héritiers testamentaires ou *ab* intestat (6), parfois de simples légataires (7). Les causes d'indignité sont fort nombreuses; on peut les ranger en deux groupes. L'indignité est encourue : 1° en raison de la conduite répréhensible d'un héritier envers le défunt ou envers

pour le passé, et non un encouragement pour ceux qui violeraient la loi à l'avenir. Le Sc. Pernicien, rendu sous Tibère (Suet., *Claud.*, 23; Ulp., XVI, 3, au lieu de *Pernicianum*, on a proposé de lire *Persicianum* du nom de Persicus, cos. en 34), refusa la *solidi capacitas* aux personnes âgées de plus de soixante ou de cinquante ans qui n avaient satisfait ni à la loi Julia ni à la loi Papia. Le Sc. Claudien fit une exception en faveur du sexagénaire qui épouserait une femme de moins de cinquante ans; mais le Sc. Calvitien ne permit pas d'étendre cette exception à la quinquagénaire qui épouserait un homme de moins de soixante ans (Ulp., XVI, 4).

(1) D'après la restitution du texte (*Vat. fr.*, 218) proposée par certains éditeurs, mais combattue par Machelard, *Accroissement*, p. 93.

(2) *Vat. fr.*, 216-219.

(3) P. 99, 3. Le délai n'était que d'un an ou de six mois, d'après la loi Julia.

(4) Ulp., XVIII, 1.

(5) P. 282. Ulp., XV, 1 et 3; XVI, 1a.

(6) Marcel., 30 Dig., D., XLVIII, 10, 26; cf. M. Aur., ap. Ulp., *eod.*, 4.

(7) Carac., C., VI, 37, 5; Paul, 14 Resp., D., XXXVI, 1, 48.

sa mémoire. Celui, par exemple, qui, par sa faute a causé la mort du défunt (1) ; l'héritier, majeur de 25 ans qui a négligé de venger sa mort (2) ; celui qui a contesté son état, qui a personnellement (3) attaqué son testament comme faux ou inofficieux et a succombé (4) ; celui qui a disposé de tout ou partie d'une succession du vivant du testateur et sans son assentiment (5) sont exclus comme indignes ; 2° en raison d'une fraude à la loi, commise par l'héritier de connivence avec le défunt. On a visé spécialement le *fidéicommis tacite*, c'est-à-dire le cas où l'héritier promet au testateur verbalement ou par écrit de remettre tout ou partie de la succession à un incapable (6). Un sénatusconsulte défendit à l'héritier de retenir sur ce fidéicommis la quarte Falcidie (7).

La déchéance résultant de l'indignité a été étendue à des cas où l'on n'a rien à reprocher à l'héritier, lors par exemple que le testateur l'a institué comme son fils et qu'il est prouvé qu'il y a eu supposition de part (8).

L'indignité n'empêche pas l'héritier de faire adition, ni d'acquérir l'hérédité : elle le prive de l'émolument de la succession ; il ne garde que le titre d'héritier et le droit au tombeau (9).

En cas de legs ou de fidéicommis tacite particulier, l'indignité ne fait perdre que le montant du legs ou du fidéicommis (10). En cas de fidéicommis tacite universel, le fiduciaire, qui avait des créances contre le défunt ou des servitudes sur ses biens, perd le droit de les faire valoir ; il ne peut demander à être restitué contre les effets de la confusion (11).

Les biens enlevés à l'indigne (*ereptoria*) sont d'ordinaire attribués au fisc ; s'ils forment une universalité, le fisc est tenu des

(1) Anton. P., ap. Marc., 5 Reg., D., XXXIV, 9, 3 ; Paul, De portion., D., XLVIII, 20 ; 7, 4 ; Mod., 17 Resp., D., XLIX, 14, 9.

(2) Alex., C., VI, 35, 6 ; Paul, V, 12, 2ª ; Marc., D., XXIX, 5, 15, 2 ; Sev., Car., C., VI, 35, 1 ; Alex., *eod.*, 7 ; Diocl., *eod.*, 9.

(3) Tryph., 17 Disp., D., V, 2, 22, 2 et 3.

(4) P. 609, 1. Ulp., D., XXXIV, 9, 9, 2 ; Sab., Tryph., 15 Disp., *eod.*, 22 ; Mod., 6 Disp., *eod.*, 7 ; Pap., 6 Resp., *eod.*, 15 ; Ant. P., ap. Paul, *eod.*, 5, 1.

(5) Marc., 11 Inst., D., XXXIV, 9, 2, 3 ; Pap., 12 Resp., D., XXXIX, 5, 29, 2 : *Quoniam adversus bonos mores et jus gentium festinasset.*

(6) Callistr., D., XLIX, 14, 3 pr., 2-3. Cette fraude devint assez fréquente lorsque le Sénat eut étendu les lois caducaires aux fidéicommis laissés par testament ou par codicille. Antonin le Pieux attribua au fisc le montant du fidéicommis lorsque le fidéicommissaire était incapable au décès du testateur (Paul, D., XXII, 1, 17, 2).

(7) Pap., 15 Quæst., D., XXXIV, 9, 11.

(8) Gord., C., VI, 24, 4 ; Herm., 6 jur. ep., D., XLIX, 14, 46 pr.

(9) P. 184, 2. Paul, 9 Quæst., D., XXVIII, 6, 43, 3.

(10) C., VI, 37, 5 ; D., XXXVI, 1, 48 ; Pap., 15 Quæst., D., XXXIV, 9, 11.

(11) Pap., 13 et 15 Resp., *h. t.*, 17-18, 1 ; Mod., 9 Reg., *eod.*, 8.

charges corrélatives (1). Exceptionnellement, les *ereptoria* sont attribués à d'autres personnes : les legs à un tuteur testamentaire qui se fait excuser, à celui qui refuse de se charger de l'éducation d'un enfant du testateur, profitent à ceux qui accepteront à leur place la charge de la tutelle ou de l'éducation (2).

III. EFFETS DE L'ACQUISITION DES SUCCESSIONS. — § 1er. *Transmission de l'actif et du passif.* — 1° L'héritier succède à tous les droits composant le patrimoine du défunt (3) : il n'importe que ces droits existent actuellement, soient conditionnels ou en voie de formation (p. 246, 1). Il succède également au droit à un sépulcre héréditaire, à moins de volonté contraire exprimée par le testateur (4). La règle souffre exception pour les droits attachés à la personne (5), pour les tombeaux de famille et pour la possession (6). L'héritier a d'ailleurs la faculté de se mettre en possession des choses possédées par le défunt ; si un tiers s'en est emparé par violence, l'héritier pourra exercer contre lui l'interdit *unde vi* comme l'aurait fait le défunt (7).

L'héritier est donc en principe au lieu et place du défunt. Les deux personnes se confondent en quelque sorte pour n'en faire qu'une seule (8). De là une conséquence importante : l'héritier ne peut critiquer les actes accomplis par le défunt, alors même qu'ils lui seraient préjudiciables; réciproquement, il ne peut se prévaloir du droit qu'aurait eu le *de cujus* de critiquer un acte accompli à son préjudice par son héritier (p. 240, 1).

2° Le patrimoine du défunt se confond avec celui de l'héritier : il n'a plus d'existence propre et séparée. De là deux conséquences : *a*) l'héritier fait valoir en justice les droits qu'il tient du défunt par voie d'action directe; l'*intentio* est conçue à son nom (9) ; *b*) les droits réels que l'héritier avait sur les biens du défunt, les créances qu'il avait contre lui, et réciproquement, s'éteignent par voie de confusion (p. 291, 1 ; 538).

Parfois cependant l'hérédité conserve une existence distincte : lorsqu'elle fait l'objet d'un procès en pétition d'hérédité ou d'un

(1) ULP., XIX, 17; M. AUR., ap. PAP., 8 Quæst., *h. t.*, 16, 2.

(2) PAUL, *eod.*, 5, 2; PAP., D., XXVII, 1, 32; ULP., D., XXXVII, 2, 1, 3.

(3) POMP., 5 ad Sab., D., XXIX, 2, 37; ULP., 3 Disput., D., L, 17, 59.

(4) P. 184, 2. CARAC., ap. ULP., 25 ad Ed. præt., D., XLVII, 12, 3, 3.

(5) Usufruit, certaines obligations contractées *intuitu personæ*, comme celles qui résultent du contrat de société; privilèges personnels (p. 768, 3).

(6) P. 208, 2. SCÆV., ap. ULP., 38 ad Ed., D., XLVII, 4, 1, 15 : *Possessionem hereditas non habet quæ facti est et animi.*

(7) ULP., 69 ad Ed., D., XLIII, 16, 1, 44.

(8) NOV., XLVIII, pr. : *Cum... nostris videtur legibus unam quodammodo esse personam heredis et ejus qui in eum transmittit hereditatem.*

(9) GAIUS, IV, 34; POMP., ap. PAUL, 20 ad Ed., D., V, 3, 36, 2.

fidéicommis universel, lorsque les créanciers du défunt demandent la séparation des patrimoines (1).

3° L'héritier est tenu des dettes du défunt *ultra vires* (2). Il serait mal venu à se plaindre, car il était libre de répudier la succession (3). L'héritier qui avait des doutes sur la solvabilité du défunt, devait user du *jus deliberandi;* il pouvait aussi traiter avec les créanciers avant de faire adition et limiter sa responsabilité (4). Seuls, les soldats ne sont tenus des dettes que *intra vires* depuis un rescrit de Gordien (5). L'héritier doit pareillement acquitter les legs contenus dans le testament, mais seulement *intra vires* (6) et, depuis la loi Falcidie, sans dépasser les trois quarts de l'actif net de la succession. L'héritier doit enfin exécuter toutes les charges licites (7) imposées par le testateur, notamment celles qui ont pour objet l'érection d'un monument funéraire (8).

§ 2. *Tempéraments d'équité.* — L'application rigoureuse de la règle sur l'obligation aux dettes et sur la confusion des patrimoines conduisait parfois à des conséquences rigoureuses : en cas d'insolvabilité du défunt, il était bien dur d'imposer la charge des dettes aux deux classes d'héritiers qui n'avaient pas le droit de répudier la succession (9). Le Préteur vint à leur secours : il permit aux héritiers nécessaires de demander la *séparation de biens;* il accorda aux héritiers siens et nécessaires le *bénéfice d'abstention.* A l'inverse, en cas d'insolvabilité de l'héritier, la confusion des patrimoines pouvait être préjudiciable aux créanciers du défunt et aux légataires qui auraient été payés intégralement, si les biens du défunt étaient restés leur gage exclusif : le Préteur les autorisa à demander la *séparation des patrimoines.*

(1) P. 633; 641; 678. Cf. Ulp., 15 ad Ed., D., V, 3, 20, 3.

(2) Ulp., 7 ad Sab., D., XXIX, 2, 8 pr. : *Hereditas... quin nos obliget æri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quam manifestum est.* Cf. Pomp., 3 ad Q. Muc., D., L, 16, 119. Javolenus (3 ex Cassio, D., XXXVIII, 2, 36) montre l'intérêt qu'on peut avoir à accepter une succession insolvable.

(3) Il en était de même lorsqu'un héritier grevé de fidéicommis avait été forcé à faire adition et qu'il ne se trouvait personne pour recueillir la succession : on tenait l'adition pour non avenue (Pius, ap. Ulp., 64 ad Ed., D., XLII, 6, 1, 6).

(4) Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 7, 17.

(5) C., VI, 30, 22 pr. La règle de l'obligation aux dettes a été admise pour des raisons d'utilité pratique (I, 696) : elle n'a pas la valeur d'un principe. Aussi a-t-on pu en limiter l'effet en faveur de certains héritiers. Le Code civil allemand a fait de l'exception la règle générale : les héritiers sont tenus des dettes *intra vires.*

(6) Ulp., 79 ad Ed., D., XXXV, 3, 1, 12 : *Hactenus legata debentur, quatenus patrimonii vires sufficiunt, utique deducto ære alieno;* Jul., D., XVII, 1, 32.

(7) Pap., 17 Quæst., D., XXXV, 1, 71, 2.

(8) Alf., D., XXXV, 1, 27; Lab., 39, 1; 40, 5; Jul., 26; Pomp., 6 pr.; 112 pr.

(9) Il dépendait du testateur de leur donner la faculté de renoncer à la succession en les instituant sous une condition potestative (Mæc., 7 fid., D., XXVIII, 5, 87; cf. Tryph., 20 Disp., *eod.*, 91).

1° *Bonorum separatio.* — La séparation de biens est un bénéfice que le Préteur se réserve d'accorder à l'héritier nécessaire, lorsque les créanciers de la succession demandent la *bonorum venditio.* Il autorise l'héritier à se faire payer ce qui lui était dû par son patron et à conserver les biens qu'il a acquis depuis le décès et ceux qu'il acquerra dans la suite autrement qu'en vertu de la succession. A tout autre égard, il laisse subsister les effets attachés à la qualité d'héritier. La concession de ce bénéfice est subordonnée à la condition que l'héritier n'ait pas touché aux biens héréditaires (1).

2° *Bénéfice d'abstention.* — Ce bénéfice appartient de plein droit aux héritiers siens et nécessaires (2) ; il n'a pas besoin, comme le précédent, d'être demandé au Préteur (3) ; mais il est, en principe, subordonné à la même condition : que l'héritier ne se soit pas immiscé dans l'hérédité ou n'ait pas détourné des biens héréditaires (4). S'il a fait acte d'héritier, il n'a droit au bénéfice d'abstention que s'il est impubère (5) ; mais, pour sauvegarder les intérêts des créanciers qui auraient pu être compromis par cet acte, une clause de l'édit permet aux créanciers de demander, au nom de l'impubère, qu'un délai soit fixé pour délibérer s'il a intérêt à conserver l'hérédité. Dans l'intervalle, le Préteur défend d'aliéner aucun bien héréditaire sans son autorisation et suivant l'arbitrage d'un homme de bien (6).

L'héritier qui s'abstient est considéré comme étranger à la succession (7) : il ne peut ni être poursuivi par les créanciers (8), ni faire valoir les droits appartenant au défunt (9). Pourtant on

(1) Ulp., 64 ad Ed., D., XLII, 6, 1, 18 ; Gaius, II, 155. On ignore à quelle époque ce bénéfice fut introduit. Il semble qu'il n'existait pas au temps de Sabinus, sans quoi la décision rapportée p. 621, 2, n'aurait pas de raison d'être. Cf. Baviera, *Storia e teoria della* separatio bonorum, 1899, p. 12.

(2) Il peut être invoqué par la femme *in manu* et même par l'individu *in mancipio,* bien qu'il soit héritier nécessaire comme un esclave, et non héritier sien (Gaius, II, 159, 160).

(3) Ulp., 11 ad Ed., D., XXIX, 2, 12 ; Sev., Car., C., II, 39, 1.

(4) Pap., ap. Ulp., 61 ad Ed., D., XXIX, 2, 20, 4 : *Pro herede geri dicendum esse ait, quoties accipit quod citra nomen et jus heredis accipere non poterat.* Cf. *eod.*, 87 ; Carac., C., VI, 31, 1 ; Ulp., D., XXIX, 2, 71, 3 et 4.

(5) Gaius, 23 ad Ed. prov., D., XXIX, 2, 57, 1. Par exception, l'héritier pubère, mineur de 25 ans, peut demander l'*in integrum restitutio* (Gaius, II, 163).

(6) Ulp., 60 ad Ed., D., XXVIII, 8, 7 pr. Cette clause existait déjà dans l'édit au temps de Labéon (*ibid.*, 17, 2). Le bénéfice d'abstention fut donc admis dès le temps de la République. Cf. Cic., *Philip.*, II, 16, 44 *in fine : ... Cum ipse hereditatem patris non adiisses.*

(7) Il n'a que *nudum nomen sui heredis.* (Ulp., 13 ad Sab., D., XXXVIII, 17, 2, 8 ; Paul, 17 ad Ed., D., XI, 1, 12 pr.

(8) Gaius, D., XXIX, 2, 57 pr. Il n'a pas besoin d'*in integrum restitutio.*

(9) S'il détourne un objet héréditaire, Sabinus le traite comme un voleur (Ulp., 61 ad Ed., *eod.*, 71, 9).

maintient les actes de disposition que l'héritier impubère aurait consentis de bonne foi (1). On maintient également, en présence d'un héritier sien qui s'abstient, la substitution pupillaire ou les affranchissements (2). Enfin l'héritier qui s'est abstenu peut revenir sur sa décision tant que les biens n'ont pas été vendus par les créanciers (3); mais il doit faire adition comme un héritier volontaire (4).

Le bénéfice d'abstention peut être invoqué même quand l'hérédité est solvable. Dans ce cas, l'héritier sien institué pour partie pourrait, tout en s'abstenant, réclamer un legs qui lui aurait été fait par son père (5).

3° *Séparation des patrimoines.* — C'est un bénéfice accordé par le Préteur aux créanciers de la succession et aux légataires, lorsque l'hérédité est acquise par un héritier moins solvable que ne l'était le défunt. *a*) Si les créanciers héréditaires venaient en concours avec les créanciers personnels de l'héritier, ils courraient le risque de ne plus être intégralement payés ou de recevoir une part moindre que celle qu'ils auraient obtenue du défunt. Ils seraient trompés dans leur attente, car ils ont compté être payés sur les biens de leur débiteur. Si la mort d'un débiteur devait modifier la situation de ses créanciers, ce serait une atteinte grave à la sécurité du crédit. Le Préteur a pensé que l'équité lui faisait un devoir de venir à leur secours, et en même temps d'empêcher que les créanciers personnels de l'héritier ne s'enrichissent à leurs dépens. Il permet à tout créancier de la succession de demander la séparation des patrimoines, afin d'être payé sur les biens du défunt à l'exclusion des créanciers personnels de l'héritier (6). *b*) Le Préteur accorde le même bénéfice aux légataires : bien qu'il n'y ait pas même raison de les protéger que les créanciers, il a paru équitable d'assurer de cette manière l'exécution des volontés du défunt. Les légataires ne seront d'ailleurs payés qu'après les créanciers héréditaires (7).

Mais la séparation est refusée aux créanciers personnels de l'héritier. La question se pose lorsqu'un débiteur à peu près solvable accepte l'hérédité d'un insolvable : les créanciers per-

(1) Jul., 47 Dig., D., XXIX, 2, 44.
(2) Jul., *eod.*, 41; Pap., D., XXVIII, 6, 12; Ulp., D., XL, 4, 32.
(3) Ulp., 61 ad Ed., D., XXVIII, 8, 8. Sous Justinien, cette faveur est limitée à trois ans (C., VI, 31, 6).
(4) Jul., 36 Dig., D., XXX, 89.
(5) Pap., 18 Quæst., D., XXX, 87 : *Durissima sententia est existimantium, denegandam ei legati petitionem si patris abstinuerit hereditate; non enim impugnatur judicium ab eo qui justis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari.*
(6) Ulp., 64 ad Ed., D., XLII, 6, 1, 1.
(7) Jul., 46 Dig., *eod.*, 6 pr.; Carac., C., VIII, 72, 1.

sonnels vont subir un préjudice par suite du concours des créanciers de la succession ; mais ils n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes, s'ils n'ont pas exigé de garantie contre les nouveaux engagements que pourrait contracter leur débiteur (1).

La séparation doit être demandée au Préteur qui rend un décret *cognita causa*. Elle est ordinairement accordée lorsque l'héritier est insolvable et sous le coup d'une *bonorum venditio* (2). Trois fins de non-recevoir peuvent être opposées à la demande : *a*) lorsque le créancier a accepté l'héritier pour débiteur, par exemple en exigeant des intérêts, des cautions, un gage ; *b*) lorsque les biens du défunt ne peuvent plus être distingués de ceux de l'héritier. Cette fin de non-recevoir peut n'être que partielle, s'il y a quelques biens susceptibles d'être reconnus ; *c*) lorsque cinq ans se sont écoulés depuis l'adition (3).

La séparation des patrimoines n'a pas d'effet rétroactif : les actes d'aliénation consentis de bonne foi par l'héritier avant la demande sont maintenus (4). Il en est de même des droits de gage et d'hypothèque : mais, d'après un rescrit de Sévère et Caracalla, les créanciers héréditaires qui demanderont la séparation seront préférés aux créanciers gagistes ou hypothécaires qui ont traité avec l'héritier (5). C'est une anomalie : en général, qui peut le plus peut le moins ; ici l'héritier, qui peut aliéner la pleine propriété, ne peut conférer une hypothèque opposable aux créanciers héréditaires.

Sous cette réserve, on peut dire que la séparation des patrimoines, tout en faisant considérer l'adition comme non avenue à l'égard des créanciers du défunt, n'enlève pas à l'héritier son titre ; elle supprime les effets de l'adition en laissant subsister la cause. Aussi l'héritier a-t-il droit au reliquat, s'il y en a un, lorsque les dettes héréditaires et les legs seront acquittés.

La réciproque est-elle vraie ? Les créanciers du défunt qui n'ont pas été intégralement payés conservent-ils l'héritier pour débiteur ? Peuvent-ils venir en concours avec les créanciers personnels ? Sur ce point, les jurisconsultes furent divisés. Paul et Ulpien soutiennent qu'en demandant la séparation, les créanciers du défunt ont renoncé à avoir l'héritier pour débi-

(1) Ulp., 64 ad Ed., *eod.*, 1, 2 : *Nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem*. Cf. p. 490, 2.

(2) Ulp., 64 ad Ed., *eod.*, 1 pr., 1 et 14 ; Gord., C., VIII, 72, 2.

(3) Ulp., *eod.*, 1, 10-15. Le délai était sans doute à l'origine laissé à l'appréciation du magistrat. Ferrini (*Arch. giur.*, LXIII, 546) pense qu'il a été fixé à cinq ans par les compilateurs.

(4) Pap., 25 Quæst., *h. t.*, 2.

(5) Ap. Ulp., *eod.*, 1-3.

teur (1). C'était exagérer les effets de la séparation et oublier qu'elle laisse subsister l'adition. Papinien, au contraire, décide que l'héritier reste obligé envers les créanciers héréditaires; il admet seulement un tempérament d'équité (*probari commodius est*) : les créanciers ne pourront s'en prendre à l'héritier tant que les créanciers personnels ne seront pas désintéressés. De même que les créanciers personnels prennent le reliquat de la succession après que les créanciers héréditaires sont payés, de même ceux-ci ne peuvent s'attaquer à l'héritier avant que les créanciers personnels ne soient payés (2).

IV. Vente d'une hérédité. — La faculté de vendre une hérédité a été de bonne heure admise (3), et sans doute dès l'époque où l'hérédité fut considérée comme une valeur pécuniaire. Cette vente ne modifie en rien la situation de l'héritier vis-à-vis des créanciers de la succession et des légataires : il reste leur débiteur (4). Elle l'oblige à transmettre à l'acheteur tout le profit que lui procure la succession (5); de son côté, l'acheteur est tenu, en sus du prix de vente, de l'indemniser de toutes les sommes qu'il débourse à titre d'héritier (6). La vente ne fait pas de l'acheteur un héritier, il reste l'ayant cause à titre particulier du vendeur; mais, en fait, *vicem heredis optinet* (7). La vente d'une hérédité est soumise aux règles ordinaires, quant à sa validité (8) et à sa réalisation (9). Elle a un caractère aléatoire, lorsqu'on vend le droit que l'on peut avoir sur une hérédité (10).

(1) Paul, 13 Quæst., *eod.*, 5; Ulp., 64 ad Ed., *eod.*, 1, 17. Ce dernier texte est suspect d'interpolation : les expressions *veniam impetrare*, *justissima scilicet ignorantiæ causa* trahissent la main des compilateurs. Baviera (*op. cit.*, 39) pense qu'ils ont voulu consacrer l'opinion jusqu'alors isolée de Paul : elle convenait mieux à une époque où l'on s'efforçait de limiter la responsabilité de l'héritier vis-à-vis des créanciers héréditaires. Le caractère de la séparation de biens fut dès lors sensiblement modifié : ce n'est plus un bénéfice puisqu'il peut se retourner contre celui à qui il est accordé.

(2) 13 Quæst., *eod.*, 3, 2.

(3) Lab., 4 poster., D., XVIII, 4, 24; ap. Ulp., *eod.*, 2, 17. Cf. p. 614, 6.

(4) Pap., 3 Resp., D., XXXIX, 5, 28; Carac., C., IV, 39, 2. Cette règle ne s'applique pas à la vente consentie par le fisc (Sev., Carac., *eod.*, 1; Paul, 21 Resp., D., XLIX, 14, 41).

(5) Ulp., 49 ad Sab., D., XVIII, 4, 2, § 1, 4, 8. L'acheteur fait valoir en justice les créances héréditaires à titre de *procurator* ou de *cognitor in rem suam*, ou, depuis Antonin le Pieux, au moyen d'actions utiles (p. 542, 1).

(6) Il était d'usage de confirmer ces engagements par des stipulations réciproques *emptæ et venditæ hereditatis* (Gaius, II, 252).

(7) Ulp., *h. t.*, 2 pr., 18; Pomp., 10 ad Sab., D., VIII, 4, 9. Cf. p. 646, 5. Les règles qui précèdent s'appliquent également à la donation d'une hérédité (Pap., D., XXXIX, 5, 28). La responsabilité de l'aliénateur est toutefois atténuée, conformément aux principes qui régissent les rapports entre donateur et donataire.

(8) Paul, 9 ad Sab., D., XVIII, 4, 1; 14 ad Plaut., *eod.*, 7.

(9) Alex., C., IV, 39, 5 et 6; Paul, 33 ad Ed., D., XVIII, 4, 14, 1.

(10) Jav., 2 ex Plaut., D., XVIII, 4, 10; Ulp., 32 ad Ed., *eod.*, 11

CHAPITRE V

Partage des successions et « collatio bonorum ».

I. Partage. — Depuis la loi des Douze Tables, lorsque plusieurs personnes sont appelées à une même hérédité, chacune d'elles est autorisée à demander le partage judiciaire des biens héréditaires (I, 289). Tel est l'objet de l'action *familiæ erciscundæ* (1). Le partage n'a d'utilité que pour les choses corporelles (2); encore doit-on excepter les biens acquis d'une façon illicite. Quant aux poisons, aux substances nuisibles, aux livres dont la lecture est interdite, tels que les livres magiques et autres semblables, on doit les détruire sur-le-champ (3).

Il n'y a pas lieu à partage pour les créances et les dettes qui se divisent de plein droit entre les héritiers (I, 698, 2). Mais rien n'empêche que, pour une raison de commodité, on ne comprenne dans le partage les créances et les dettes pour les répartir entre les cohéritiers sans les fractionner. Cet arrangement ne porte aucune atteinte au droit des créanciers de la succession qui conservent la faculté de poursuivre chacun des cohéritiers pour sa part. Il ne modifie pas davantage la situation des codébiteurs, à qui chacun des cohéritiers ne pourra demander que sa part de créance (4). Sont également en dehors du partage les servitudes prédiales et les tombeaux de famille (5), les tablettes du testament et les titres de la succession (6).

II. Collatio bonorum. — La masse à partager comprend parfois des biens qui n'appartenaient pas au *de cujus :* c'est ce qui a lieu en cas de *collatio bonorum*. La *collatio* est une institution d'origine prétorienne, créée pour compléter le système de succession *ab* intestat établi par l'Edit. A la suite de modifications successives, elle est devenue le *rapport* du droit moderne.

Dans son application primitive, la *collatio* concerne uniquement les enfants émancipés. Elle les oblige à partager leurs biens personnels avec leurs frères restés en puissance, de même que

(1) Sur les pouvoirs du juge, voir p. 241 et 511.

(2) Il convient de rappeler qu'à Rome le partage est translatif et non déclaratif comme en droit français (C. civ. 883). Par suite, les droits réels consentis avant partage par l'un des cohéritiers, sont après partage opposables à celui des cohéritiers qui a l'objet dans son lot (p. 241, 2).

(3) Ulp., 19 ad Ed., X, 2, 4, 1 et 2.

(4) Gaius, 7 ad Ed. prov., *eod.*, 3; Scæv., D., XX, 5, 14.

(5) Lab., Pomp., D., X, 3, 19, 4; Mod., X, 2, 30; Alex., C, III, 44, 4.

(6) Gaius, D., X, 2, 5; Lab., ap. Ulp., *eod.*, 4, 3.

ceux-ci partagent avec eux les biens paternels (1). Elle fut introduite comme une conséquence de la vocation à la succession paternelle qui leur fut accordée concurremment avec les *sui*. Deux raisons déterminèrent le Préteur : il voulut d'abord assurer aux héritiers siens une compensation pour l'atteinte portée à leur droit. Jusqu'alors ils avaient, de par la loi, un droit exclusif à l'hérédité paternelle : ils ne pouvaient en être dépouillés même partiellement sans injustice (2). Le Préteur s'inspira ensuite d'une raison d'équité : tandis que les acquisitions réalisées par les enfants émancipés leur demeurent propres, celles qui ont été faites par leurs frères restés en puissance ont grossi le patrimoine paternel. Aurait-il été équitable de donner aux émancipés un droit sur ce patrimoine sans accorder en retour à leurs frères restés en puissance un droit sur les biens acquis par les émancipés? Le Préteur ne l'a pas pensé : il oblige les émancipés à faire l'apport de leurs biens (*conferre bona*) (3) pour les partager avec leurs frères demeurés en puissance.

Tel est le point de départ de cette institution qui existait déjà au début de l'Empire (4). On a étendu l'obligation de l'apport à la fille de famille qui avait reçu une dot lors de son mariage et qui demandait à prendre part à la succession paternelle. A côté de la *collatio emancipati*, il y eut la *collatio dotis*. Au Bas-Empire, on vit enfin apparaître une théorie nouvelle, d'après laquelle quiconque vient à la succession d'un ascendant est tenu de rapporter les biens qu'il a reçus du défunt.

§ 1er. *Collatio emancipati*. — Cette *collatio* ne tend pas, comme le rapport du droit moderne, à maintenir l'égalité entre les copartageants : elle a pour but d'empêcher que la présence de l'émancipé ne cause un préjudice à l'enfant resté en puissance. Par suite, il n'y a lieu à *collatio* que s'il y a un préjudice (*injuria, incommodum*) et dans la mesure de ce préjudice (5).

(1) Ulp., 40 ad Ed., D., XXXVII, 6, 1 pr.
(2) Scæv., 5 Quæst., *eod.*, 10 : *Utique cum injuriam per bonorum possessionem patiatur;* Ulp., 40 ad Ed., D., XXXVII, 8, 1, 13.
(3) On trouve parfois les expressions *in commune* ou *in medium conferre* (Ulp., D., XXXVII, 6, 1, 16; Jul., 23 Dig., *eod.*, 3, 2; 1 ad Urs. Fer., D., XXIX, 2, 45, 2). Il ne faudrait pas en conclure que la *collatio* est due à la masse : elle n'est due qu'aux frères restés en puissance. L'émancipé ne peut donc profiter de l'apport fait par un autre émancipé; aussi peut-il arriver que sa part de succession soit inférieure à son apport. Dans ce cas, il vaut mieux qu'il ne demande pas la *B. P.* (Cass. ap. Paul, 40 ad Ed. D., XXXVII, 6, 2, 5).
(4) Elle est mentionnée par C. Cassius Longinus, consul sous Tibère (*ibid.*).
(5) Ulp., 40 ad Ed., *eod.*, 1, 5. C'est ainsi que la *collatio* n'est pas due aux *sui* qui ne sont pas du même père (Pomp., ap. Ulp., *eod.*, 1, 3; Jul., 23 Dig., *eod.*, 3, 6); à ceux qui ont été exhérédés parce qu'ils ne profitent de la succession paternelle que grâce à la *B. P. contra tabulas* demandée par l'émancipé (Tryph., 19 Disput.,

La *collatio* n'a pas d'application dans les successions testamentaires : elle ne peut être invoquée que par les *sui* qui sont appelés par le Préteur à la succession *contra tabulas* ou *unde liberi* (1). Dans ces deux cas seulement, le concours des enfants émancipés leur cause un préjudice. Pour avoir droit à la *collatio*, il ne suffit pas que le *suus* puisse demander l'une de ces *B. P.*, il faut qu'il l'ait obtenue; s'il meurt avant, ses héritiers ne pourront l'exiger (2).

La *collatio* a pour objet le patrimoine de l'émancipé, c'est-à-dire tous les biens acquis par lui depuis qu'il est devenu *sui juris* et qu'il possède encore au décès de son père, déduction faite des dettes. L'obligation de *conferre bona* s'apprécie *boni viri arbitratu :* elle ne comprend pas les biens qui ont péri par cas fortuit depuis la mort du *de cujus* (3). Sont également exceptés : la dot que l'émancipé a reçu de sa femme, les biens qu'il a reçus *dignitatis nomine*, parce qu'ils sont affectés aux charges qu'entraîne cette dignité, l'action d'injures (4).

D'après l'Edit, la *collatio* s'effectue *cautione :* l'émancipé promet de faire participer les ayants droit aux biens, objet de la *collatio :* cet engagement doit être accompagné d'une *satisdatio*. On peut d'ailleurs, à la place d'une sûreté personnelle, fournir une sûreté réelle (5). L'émancipé peut, s'il le préfère, effectuer la *collatio* en nature (*re*), ou en moins prenant (6), ou en fournissant une valeur équivalente. S'il refuse de se soumettre à la *collatio*, il ne peut y être contraint directement; mais il ne pourra réclamer sa part de la succession paternelle s'il ne fournit pas de *cautio* dans le délai d'un an au plus. S'il ne peut trouver de répondants (*propter inopiam*), on nommera un curateur pour administrer sa part jusqu'à ce qu'il donne satisfaction à ses cohéritiers (7).

La jurisprudence a étendu la *collatio :* 1° à tous les descendants qui, sans avoir été émancipés par le défunt, sont *sui juris*

D., XXXVII, 4, 20, 1); à ceux mêmes qui ont été institués avec un tiers, lorsque, grâce à la présence de l'émancipé omis dans le testament paternel, ils obtiennent par la *B. P. c. t.* plus qu'ils n'auraient eu comme institués (Ulp., *eod.*, 1, 4) ; dans le cas contraire, ils n'ont droit à la *collatio* que pour la différence (*ibid.*, 1, 3).

(1) Alex., C., VI, 20, 1; Diocl., C., VI, 20, 9.

(2) Jul., ap. Ulp., D., XXXVII, 6, 1, 8.

(3) Paul, 31 ad Ed., *eod.*, 2, 1-2.

(4) Ulp., *eod.*, 1, 16, 20; Jul., 23 Dig., *eod.*, 3, 4; Paul, *eod.*, 2, 4 : *Magis enim vindictæ quam pecuniæ habet persecutionem.*

(5) Pomp., ap. Ulp., *eod.*, 1, 9.

(6) *Ibid.*, 1, 11; Ulp., *eod.*, 1, 12. Au Bas-Empire, on ne trouve plus trace du rapport *cautione*.

(7) Jul., *eod.*, 3 pr.; Ulp., *eod.*, 1, 10 et 13; Paul, *eod.*, 2, 8 et 9; Pap., *eod.*, 8.

à sa mort, tels que les enfants de l'émancipé (1) ; 2° aux enfants du défunt, donnés par lui en adoption et qui sont encore sous la puissance de l'adoptant. Ces enfants n'ont pas, il est vrai, de biens personnels, mais l'adoptant en a, et comme il doit profiter de la *B. P.*, c'est à lui que la *collatio* est imposée. Si pour se dispenser de cette *collatio*, il émancipe frauduleusement son fils adoptif, il reste quand même obligé à la *collatio* (2).

§ 2. *Collatio dotis.* — La fille de famille, qui a reçu une dot, est dans une situation analogue à celle de l'émancipé. Sa dot est pour elle une sorte de patrimoine (p. 108, 2), souvent un avancement d'hoirie. Pourtant le droit civil ne l'obligeait pas à la partager avec ses frères ou sœurs, lorsqu'elle venait à la succession paternelle. C'est que pendant longtemps la dot resta définitivement au mari, et que la femme mariée *cum manu* perdait tout droit à la succession de son père. Lorsque le mariage *sine manu* devint la règle générale et que le mari fut tenu de restituer la dot à la dissolution du mariage, le Préteur obligea la femme veuve ou divorcée qui réclamait *ab* intestat la succession paternelle par la *B. P. c. t.* ou *unde liberi*, à rapporter la dot à ses frères et sœurs restés en puissance (3). Cette obligation incombe à la fille en général, et non pas seulement à la fille émancipée; elle s'applique à la dot adventice comme à la dot profectice.

La *collatio dotis*, à la différence de la *collatio emancipati*, a pour objet, non pas un patrimoine, mais des biens individuellement déterminés. On n'admet d'autre déduction que celle des impenses nécessaires. Si le mari est insolvable, la femme ne rapportera que ce qu'elle peut obtenir. La *collatio dotis* ne se conçoit que si le mariage est dissous par le prédécès du mari ou par le divorce (4). A part ces différences, la *collatio dotis* est soumise aux mêmes règles que la *collatio bonorum ;* elle est étrangère aux successions testamentaires. Elle n'est due qu'aux cohéritiers à qui la fille fait tort et dans la mesure du tort causé (5).

Antonin le Pieux a étendu l'obligation de *conferre dotem* à la fille qui, sans demander la *B. P.*, vient à la succession en vertu du droit civil (6). Dès lors, on peut dire que le but de la *collatio dotis* est d'empêcher que la fille n'ait les avantages de l'hérédité, tout en conservant la dot qui lui a été constituée. En 239, Gor-

(1) Paul, D., XXXVII, 62 pr.
(2) Ulp., *eod.*, 1, 14; 79 ad Ed., *eod.*, 5 pr.
(3) Ulp., 40 ad Ed., D., XXXVII, 7, 1 pr.
(4) Ulp., *eod.*, 1, 5 et 6; Pap., 1 Resp., *eod.*, 5, 1.
(5) Ulp., 4 Disp., *eod.*, 3 ; 40 ad Ed., *eod.*, 1-2 ; Pap., 5 Resp., *eod.*, 5 pr.
(6) Ulp., *eod.*, 1 pr. : *Eam... ad collationem dotis per arbitrum familiæ erciscundæ posse compelli.*

dien donna à la *collatio dotis* une direction nouvelle. C'était une question très discutée que celle de savoir si les frères ou sœurs émancipés venant à la succession paternelle avaient droit à la *collatio dotis :* Gordien décida qu'ils auraient droit uniquement au rapport de la dot profectice (1). Alors apparaît l'idée que toute donation faite par un ascendant à son descendant doit être rapportée aux autres descendants venant en même temps à la succession paternelle.

CHAPITRE VI

Sanction du droit héréditaire.

Le droit héréditaire est sanctionné d'une manière différente, suivant qu'il résulte du droit civil ou du droit prétorien. Le droit civil accorde à l'héritier la pétition d'hérédité et l'action en partage ; le droit prétorien promet au *bonorum possessor* soit les interdits *quorum bonorum* et *quod legatorum,* soit des actions fictices et même une *hereditatis petitio possessoria.*

I. Droit civil. — § 1er. *Pétition d'hérédité.* — 1° Le droit à l'hérédité fut de bonne heure sanctionné par une action réelle analogue à la revendication (2). L'existence de cette action sous la République est attestée par Cicéron et Valère-Maxime ; c'est à elle qu'on avait recours pour prévenir une *usucapio pro herede ;* elle implique en effet une *controversia de hereditate* (3).

Le tribunal, compétent à la fin de la République et sous l'Empire, est celui des centumvirs (4). Au temps de Cicéron, on avait le choix entre deux procédures : l'action réelle *per sacramentum*

(1) C., VI, 20, 4.

(2) Paul (21 ad Ed., D, VI, 1, 27, 3) atteste que la *P. H.* est une action réelle comme la *R. V.* Cependant *Inst.,* IV, 6, 28 range la *P. H.* parmi les actions de bonne foi : or la distinction des actions de droit strict et de bonne foi s'applique uniquement aux actions civiles personnelles. La contradiction s'explique par une remarque d'Ulpien (D., V, 3, 25, 18) : *Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales.* Le défendeur faisait valoir les prestations mises à la charge du demandeur au moyen d'une exception de dol. Or certains jurisconsultes soutenaient qu'il était inutile de faire insérer cette exception dans la formule, parce que le juge de la *P. H.* avait des pouvoirs aussi étendus que le juge de l'action de bonne foi (Scæv., *eod.*, 58 ; Paul, *eod.*, 38 ; cf. Jav., *eod.*, 44). Gaius (*eod.*, 39, 1) et Papinien (*eod.*, 50, 1) étaient d'un avis différent. Ce n'est pas la seule ressemblance qui existe entre la *P. H.* et l'action de bonne foi : il y en a une autre quant à la compensation (Ulp., *eod.*, 31, 2 ; cf. Francke, p. 233).

(3) Cic., *in Verr.*, II, 1, 45 ; Val., Max., VII, 7, 2 ; Gaius, IV, 17.

(4) P. 254, 3. Cic., *De orat.*, I, 38, 39, 56, 57 ; *Brut.,* 39 ; *in Rull.*, II, 16 ; *p. Cæc.*, 18, 24 ; cf. Just., C., III, 31, 12 pr.

ou l'action personnelle *per sponsionem* (p. 640, 3). Lorsque l'usage de la procédure formulaire se fut généralisé, on employa la formule pétitoire, et l'affaire fut soumise à un seul juge (1).

La pétition d'hérédité diffère de la revendication par l'étendue du droit du demandeur : c'est une action universelle, tandis que la revendication est une action spéciale (2). Elle tend à faire reconnaître un droit à une *universitas juris* et non à un objet particulier. Peu importe, d'ailleurs, que le défendeur ne possède qu'un objet héréditaire, si minime qu'il soit, ou que le demandeur ne soit héritier que pour partie (3) ; mais dans ce dernier cas la formule est modifiée (4).

2° Anciennement, pour avoir droit à la pétition d'hérédité, il fallait être héritier testamentaire ou légitime. Sous l'Empire, on l'accorde à l'héritier qui recueille la succession en vertu des lois caducaires, d'un sénatusconsulte ou d'une constitution impériale, au fidéicommissaire qui a obtenu la restitution en vertu du Sc. Trébellien (*fideicommissaria h. p.*) (5), et, par analogie à l'acheteur d'hérédité qui a traité avec le fisc (6).

3° En principe, la *P. H.* peut être exercée contre quiconque conteste le droit du demandeur à l'hérédité ; elle suppose un conflit entre deux prétendants à l'hérédité (7). Tout d'abord, la *P. H.* se donne contre celui qui retient un bien héréditaire, ou refuse de payer une dette, en se disant héritier. C'est un possesseur *pro herede* (8) qui peut être un *possessor rei* ou un *juris possessor* (9). Dans le premier cas, il ne servirait de rien à l'héritier de recourir à la revendication ; il n'éviterait pas pour cela le

(1) Il n'y a pas trace de cette formule en matière d'hérédité sous la République (I, 415, 2). Sous l'Empire, il n'y a plus d'action de la loi *de hereditate* sans *sponsio*. Cf. Lenel, *E. P.*, I, 199.

(2) Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 1, 1 pr., 1.

(3) Ulp., 5 ad Ed., D., V, 4, 1, 1 ; 15 ad Ed., D., V, 3, 9 ; Gaius, 6 ad Ed. prov., *eod.*, 10. Julien (8 Dig., *eod.*, 7) fait observer que la *P. H. partiaria* tend à la restitution et non au partage, comme l'action *familiæ erciscundæ*.

(4) Gaius, *eod.*, 10, 1 ; IV, 54 ; Lenel, *E. P.*, I, 20.

(5) Gaius, *eod.*, 1 et 3 ; Ulp., 16 ad Ed., D., V, 6, 1 et 3 ; Paul, *eod.*, 2.

(6) Jul., 6 Dig., V, 3, 54 pr.

(7) Depuis le Sc. Juventien, elle est également donnée : *a*) contre celui qui par dol a cessé de posséder ; *b*) contre celui qui s'est offert au procès ; *c*) contre celui qui s'est enrichi aux dépens de la succession.

(8) D'après Gaius (IV, 144), possède *pro herede* celui qui croit être héritier. Mais Proculus, Arrianus et Ulpien considèrent comme tel celui qui sait n'être pas héritier (Ulp., 15 ad Ed., D., V, 3, 11 pr.).

(9) Ulp., *eod.*, 13, 15. Lenel (*E. P.*, I, 202) conjecture que la notion du *juris possessor*, si peu conforme à la notion de la possession, fut introduite pour concilier les exigences de la pratique avec la rédaction de la formule de la *P. H.* Cette formule contenait, suivant lui, la clause *quod Ns Ns ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet* (arg. Ulp., 13, 12). Contra : Karlowa, II, 912, 2.

débat sur le droit à l'hérédité, car le défendeur lui opposerait la *præscriptio : Ea res agatur si in ea re præjudicium hereditati non fiat.* Dans le second cas, la *P. H.* n'est possible que si le défendeur conteste le droit de l'héritier sur les choses incorporelles dépendant de la succession (créances, dettes ou droits réels) (1). Si un débiteur héréditaire refuse de payer pour tout autre motif, parce qu'il nie la dette ou se prétend libéré, l'héritier devra intenter l'action contractuelle ou délictuelle appartenant au défunt et non la *P. H.* (2).

La *P. H.* se donne ensuite contre celui qui retient un bien héréditaire sans produire un titre pour justifier sa possession : c'est le possesseur *pro possessore.* Sa mauvaise foi est manifeste; il est traité comme un contumax ou un *prædo* (3). Celui qui pourrait invoquer un titre d'acquisition, alors même qu'il serait de mauvaise foi, serait exposé, non pas à la *P. H.*, mais à la revendication (4). On assimile à un possesseur sans titre celui qui ne peut invoquer qu'un titre nul, par exemple le conjoint donataire, celui qui a traité avec un fou (5).

4° La *P. H.* eut d'abord pour objet exclusif la poursuite des droits appartenant à l'hérédité ; on ne tarda pas à en élargir la portée. Il ne suffisait pas de faire reconnaître le droit de l'héritier : le résultat de la poursuite eût été souvent illusoire si l'on n'eût réglé le sort des actes accomplis par le possesseur avant le procès. Il parut inique de considérer celui qui avait profité de la jacence de l'hérédité pour s'emparer des biens du défunt comme ayant pleine liberté d'en disposer. On le traita, dans une certaine mesure, comme un gérant d'affaires, bien qu'il n'ait pas eu la volonté d'agir pour le compte de l'hérédité (6).

(1) P. 742. Ulp., D., V, 3, 16, 1. Cf. Jul., ap. Ulp., *eod.*, 16, 4.

(2) Paul, 20 ad Ed., *eod.*, 14; Ulp., 67 ad Ed., *eod.*, 42.

(3) Ulp., *eod.*, 11-1 ; 12 et 13 pr. ; D., XI, 1, 11, 4. Régulièrement, on devrait intenter contre lui la revendication. Mais cette action imposerait à l'héritier la preuve de son droit de propriété ; sa situation serait moins bonne que celle du *de cujus* qui aurait pu exercer les interdits possessoires et n'aurait eu à prouver que le fait de la possession. En autorisant l'héritier à user de la *P. H.*, on améliore sa situation ; il n'aura qu'à prouver son titre d'héritier.

(4) L'opinion contraire de Julien (ap. Afr., 7 Quæst., D., XLI, 2, 40, 2) qui considère celui qui achète sciemment la chose d'autrui comme un possesseur clandestin, c'est-à-dire comme un possesseur sans titre, est écartée par Ulpien (15 ad Ed., D., V, 3, 13, 8) et par Paul (54 ad Ed., D., XLI, 4, 2, 1).

(5) Ulp., 15 ad Ed., D., V, 3, 13, 1 ; Jul., ap. Ulp., *eod.*

(6) Cette idée était admise au temps d'Auguste : Labéon déclare que le possesseur qui a vendu l'hérédité est responsable du prix qu'il n'a pas touché par sa faute (p. 579, 1); *a fortiori*, devait-il le rendre responsable du prix qu'il avait touché (Jav., *eod.*, 48 : *Si ea negotiationis causa veniit*). Octavenus apporte un tempérament à la doctrine de Labéon : en cas d'insolvabilité de l'acheteur de l'hérédité, le vendeur n'est tenu que de céder ses actions à l'héritier (ap. Ulp., 15 ad Ed., D., V, 3,

Les actes accomplis par le possesseur de l'hérédité s'apprécient, comme ceux d'un gérant d'affaires, d'après l'utilité qu'ils présentent pour le *dominus,* qui est ici l'héritier (1). Si le possesseur a acheté un esclave dans l'intérêt de l'hérédité avec les deniers de la succession, il rendra l'esclave; s'il l'a acheté dans son intérêt, on lui demandera compte du prix (2). S'il a mal administré, par exemple en conservant un esclave inutile, on le lui imputera à faute (3). La responsabilité du possesseur cesse ou tout au moins est atténuée, si l'objet qu'il a vendu a péri par cas fortuit ; ici l'hérédité n'a plus intérêt à critiquer l'acte accompli. Mais, comme il serait inique de laisser le possesseur s'enrichir aux dépens de l'hérédité, on l'obligera à tenir compte du prix qu'il a touché. Sur un point cependant, le possesseur est traité autrement que le gérant d'affaires : s'il a exigé le payement de l'indû, il n'est pas tenu de restituer ce qu'il a reçu (4).

Ce n'est pas seulement la possession des biens héréditaires qui motive la *P. H.* On peut aussi réclamer par cette action les objets que le défunt avait reçus à titre de gage, commodat ou dépôt, parce qu'ils sont aux risques de l'héritier. C'est une décision analogue à celle qui est admise en cas de vol : le créancier gagiste, le commodataire, responsables de la garde de la chose, ont l'action *furti* à l'exclusion du débiteur ou du commodant (5).

La *P. H.* fut également donnée pour obtenir la restitution des choses sur lesquelles le défunt avait un droit de rétention (6) et des sommes payées par les débiteurs héréditaires (7).

Tel était l'état du droit dans les premières années du règne d'Hadrien. On a pu le reconstituer grâce à quelques textes antérieurs au Sc. Juventien (empruntés pour la plupart à Julien), et

18 pr.). Octavenus et Labéon sont d'accord pour donner ici la *P. H.* contre un non-possesseur. Julien (*eod.*, 16, 4) admet également la *P. H.* contre celui qui possédant *pro herede* a été expulsé par violence ; il devra céder son droit à l'interdit *unde vi.*

(1) Ulp., D., III, 5, 12, 2. Comme le gérant d'affaires, le possesseur doit se conformer à la *consuetudo patrisfamilias defuncti* (Jul., D., V, 3, 54, 2).

(2) Jul., 6 Dig., D., V, 3, 20, 1.

(3) Jul., ap. Ulp., *eod.*, 33, 1.

(4) Jul., 6 Dig., *eod.*, 20, 18 ; Paul, 20 ad Ed., D., III, 5, 23.

(5) Gaius, III, 204, 206; Paul, 20 ad Ed., D., V, 3, 19. Bien que ce texte appartienne à un jurisconsulte du III[e] siècle, il ne paraît pas douteux qu'il exprime une règle admise par la jurisprudence du I[er] siècle. Labéon (D., XLVII, 2, 91 pr.), Sabinus (54, 1), Julien et Celsus (ap. Ulp., *eod.*, 14, 10) accordent au détenteur tenu de la *custodia* l'action *furti* contre le voleur. Le dépositaire, il est vrai, ne l'a pas, parce qu'il ne répond pas de la garde de la chose (Gaius, III, 207), mais Paul songe sans doute au cas exceptionnel où le dépositaire est tenu de la *custodia*.

(6) Jul., 3 ex Min., D., XLVII, 2, 59 ; Gaius, 12 ad Ed. prov., *eod.*, 54, 2.

(7) Cass., Jul., ap. Ulp., 15 ad Ed., D., V, 3, 31, 5 ; cf. 25, 17 *in fine*. Quant à la restitution des fruits, on ne peut, dans l'état actuel des sources, dire à partir de quelle époque on a pu l'exiger au moyen de la *P. H.*

conservés sans modifications notables par les compilateurs (1). Longtemps on a cru que le Sc. ne contenait rien d'absolument neuf, qu'il s'était borné à consacrer des règles en partie admises par la doctrine et par la pratique (2). On sait aujourd'hui qu'il a introduit d'importantes innovations.

§ 2. *Innovations introduites par le sénatusconsulte Juventien.* — Tandis que le droit antérieur ne faisait aucune différence entre les possesseurs d'hérédité et les déclarait tous également responsables, le Juventien (3) établit une distinction fondamentale entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. Le point de départ de la réforme se trouve dans un Sc. proposé par Hadrien et décidant que l'usucapion *pro herede* ne serait plus opposable à l'héritier (4). Le Sc. Juventien fit plus encore : il considéra l'usurpation d'une hérédité comme un délit lorsqu'elle avait lieu en connaissance de cause. Ce délit engendre une obligation de restituer qui subsiste alors même que le délinquant aurait cessé par dol de posséder (5). Les règles anciennes sur la *P. H.* furent, par suite, modifiées, soit quant aux personnes contre lesquelles se donne cette action, soit quant à son objet.

1° Depuis le Sc. Juventien, la *P. H.* se donne non seulement contre le possesseur *pro herede* ou *pro possessore*, mais aussi contre celui qui a cessé par dol de posséder (6). L'action réelle

(1) Lammfromm, *Zur Geschichte der Erbschaftsklage*, 1887.

(2) Cf. Francke, *De hereditatis petitione*, 1864 ; Windscheid, III, 612, 6.

(3) Le Sc. Juventien fut voté le 14 mars 129, P. Juventius Celsus étant consul, sur la proposition d'Hadrien. Le texte en a été conservé dans Ulpien (15 ad Ed., D., V, 3, 20, 6). Ce Sc. fut rendu à l'occasion d'une *caducorum vindicatio* exercée par le fisc contre des personnes qui se croyaient héritières et qui, en cette qualité, avaient vendu l'hérédité. Des controverses s'étaient élevées sur le point de savoir si et dans quelle mesure le possesseur de bonne foi était tenu de restituer le prix de vente. Cette question n'avait pas une portée restreinte à la *caducorum vindicatio* exercée par le fisc : on a appliqué le Sc. à la *P. H.* en général (Ulp., *eod.*, 20, 9).

(4) Gaius, II, 57. La règle s'applique même au possesseur de bonne foi. Sous Marc-Aurèle, un Sc. prescrivit une poursuite criminelle contre celui qui s'emparerait sciemment de biens héréditaires appartenant à autrui (D., XLVII, 19, 1).

(5) Ulp., *eod.*, 25, 2. Cf. Labbé, *De l'action à exercer contre celui qui par dol a cessé de posséder* (*Rev. de législ. anc. et mod.*, 1872, p. 461).

(6) Anciennement, l'édit du Préteur promettait une *in integrum restitutio* contre celui qui par dol (Ulp., 13 ad Ed. D., IV, 7, 4, 3) avait fait une aliénation pour échapper à un procès (Diocl., C., II, 54, 1). Plus tard il donna aussi une action *in factum* (Jul., 8 Dig., D., X, 3, 24, 1) tendant à indemniser le demandeur dans la mesure de son intérêt (Ulp., 13 ad Ed., D., IV, 7, 4, § 5, 6). L'édit s'appliquait au transfert de possession comme au transfert de propriété (Ped., *eod.*, 4, 2). Il ne visait pas le cas où le possesseur s'était défait de la chose de toute autre manière sans avoir eu l'intention d'opposer un autre possesseur à son futur adversaire, par exemple en la détruisant (Jul., D., X, 4, 9 pr.). Aussi trouve-t-on, dès la fin de la République, en certaines matières une règle plus générale applicable à tous les cas où l'on a cessé par dol de posséder (p. 259, 2) ; le Sc. Juventien l'a étendue à la *P. H.* — La coexistence de l'*in integrum restitutio*, de l'action *in factum* et de la revendi-

fait ici fonction d'action pénale; on en justifie l'emploi en traitant celui qui a perdu la possession comme un possesseur fictif (p. 259, 3). Mais l'action réelle n'en conserve pas moins le caractère de l'action pénale qu'elle remplace : elle ne se donne contre les héritiers de l'auteur du dol que dans la mesure de leur enrichissement (p. 260, 3). Si la possession a plusieurs fois changé de mains par dol, la *P. H.* peut être intentée contre tous les possesseurs successifs (1). La jurisprudence postérieure au Sc. traite également comme un possesseur fictif celui qui s'est offert au procès (p. 260, 1) (2).

La *P. H.* ne peut être exercée contre celui qui déclare posséder pour le compte d'autrui (3), ni contre celui qui prétend avoir acquis à titre particulier un bien héréditaire (4). Dans les cas de ce genre, pour éviter une poursuite inutile qui aboutirait à l'absolution du défendeur, l'héritier doit recourir à une *interrogatio in jure*. L'édit du Préteur *de interrogationibus* l'autorise à citer son adversaire devant le magistrat. Le défendeur sera invité à dé-

cation donne lieu à deux difficultés : 1° Gaius (D., IV, 7, 3, 4) semble présenter l'action comme la sanction de l'*i. i. R.* Cette action aurait pour but, dit Lenel (*E. P.*, I, 144, 5), d'assurer l'effet de l'édit. Mais il est difficile de croire qu'une *i. i. R.* ait eu pour résultat, non pas la rescision de l'aliénation, mais une action en réparation du préjudice. Il semble plutôt que, dans ce texte, les compilateurs du Digeste ont, suivant leur habitude, confondu deux procédures dictinctes : l'*i. i. R.*, de bonne heure admise par le Préteur urbain, et l'action *in factum* proposée d'abord par certains édits provinciaux pour protéger plus efficacement les plaideurs contre les entreprises des *potentiores*. Gaius dit que cette action, bien que *rei persecutoria videtur ex delicto dari;* elle fut accueillie tardivement dans l'édit urbain : elle est inconnue à G. Ateius, l'un des disciples de Servius (D., XXXIX, 3, 14 pr.); 2° si la revendication permet d'obtenir le même résultat que l'action *in factum*, comment celle-ci a-t-elle subsisté jusque sous Justinien? C'est que l'action *in factum* se donne même contre celui qui a aliéné sans dol et uniquement *judicii mutandi causa* (Ulp., *eod.*, 4, 1). Cf. Karlowa, II, 1092. — Le texte de l'édit *de alienatione judicii mutandi causa* soulève une autre difficulté : il semble rapporté au Digeste d'une manière incomplète ; il commence par le mot *quæve*. Est-ce une erreur du copiste ? Karlowa pense que l'édit contenait une première clause relative à l'aliénation *judicii evitandi causa* faite par le défendeur à une action réelle après la *litis contestatio* (Pomp., 20 ad Sab., D., XXXIX, 3, 16). Cette clause fut supprimée comme inutile, lorsqu'on admit d'une manière générale que l'aliénation faite par le défendeur n'empêchait pas l'instance de suivre son cours (arg. Jul., ap. Ulp., 53 ad Ed., *eod.*, 4, 1). La distinction entre les deux sortes d'aliénation est faite par une loi Licinia, d'ailleurs inconnue, et concernant les communistes (Marc., 14 *Inst.*, D., IV, 7, 12).

(1) Ulp., *eod.*, 8, 8 : *Si per multos ambulaverit possessio, omnes tenebuntur.*

(2) Cf. Lammfromm, *op. cit.*, p. 115. Jusque-là l'héritier ne pouvait agir contre le faux possesseur qu'en vertu de la caution *judicatum solvi* exigée de tout défendeur à une action réelle (Cels., D., V, 3, 45). La clause de dol comprise dans cette caution lui donnait le droit d'agir *ex stipulatu*. S'il avait omis de s'en prévaloir et que le défendeur eût obtenu son absolution, l'héritier avait la ressource de l'action de dol (Sab., ap. Gaium, 27 ad Ed. prov., D., IV, 3, 39).

(3) Ulp., D., V. 3, 13, 12. Mais on peut défendre au nom d'autrui : l'essentiel, c'est que le nom du défendeur figure dans la formule.

(4) Diocl., C., VII, 34, 4.

clarer s'il est héritier et pour quelle part (1) ; on lui accorde, s'il le demande, le temps de la réflexion (2). D'après l'Edit, le défendeur est lié par sa réponse ; s'il refuse de répondre, on le traite comme un *contumax :* il est tenu des dettes pour le tout (3). Même décision s'il nie faussement sa qualité d'héritier ou s'il déclare être héritier pour une part inférieure à sa part réelle. Dans tous les cas, il est tenu d'une action prétorienne appelée *interrogatoria*, parce qu'elle a pour fondement l'interrogation adressée *in jure* (4).

Bien qu'en règle générale la *P. H.* ne se donne pas contre ceux qui possèdent des biens héréditaires à titre particulier, on a fait exception pour trois classes de personnes : 1° l'acheteur d'une hérédité ; 2° le mari qui a reçu de sa femme une hérédité à titre de dot ; 3° le fidéicommissaire universel (5). Dans ces trois cas, la *P. H.* est donnée comme action *utile.*

2° *Prestations imposées au défendeur.* — Le Sc. Juventien impose au défendeur condamné certaines prestations personnelles (6). Au lieu de le traiter comme une sorte de gérant d'affaires, il met à sa charge une obligation de restituer dont l'objet varie, suivant que le possesseur est de bonne ou de mauvaise foi et suivant que le procès est ou non engagé.

a) Pour le *possesseur de mauvaise foi*, l'obligation porte sur la chose même (7) qui a été appréhendée : il ne pourrait offrir à la place le prix qu'il a touché, quand même la vente aurait été faite dans l'intérêt de l'hérédité. Mais depuis un rescrit de Septime Sévère, l'héritier peut à son choix exiger la valeur de la chose et des fruits ou le prix perçu avec les intérêts (8).

L'obligation de restituer s'applique aux créances héréditaires aussi bien qu'aux choses corporelles (9). Elle rend le possesseur de mauvaise foi responsable du dol et de la faute. Sous ce dernier rapport, il n'y eut rien de changé au droit anté-

(1) P. 751. Ulp., 22 ad Ed., D., XI, 1, 9, 1 ; Callistr., *eod.*, 1 pr.
(2) Gaius, 3 ad Ed. prov., *eod.*, 5 pr.
(3) Ulp., D., XI, 1, 11, § 3, 4 et 7.
(4) Cette action est une action prétorienne (arg. Ulp., 22 ad Ed., D., XI, 1, 4) et non, comme l'a cru à tort Demelius (*Confessio in jure*, p. 278), une action civile. La rédaction de l'*intentio* donne lieu à des controverses : il semble probable qu'il n'y avait pas de *præscriptio* mentionnant l'interrogation et la réponse comme le pensait Krüger (*Kr. V. Zschr.*, XXII, 420). Lenel, *E. P.*, I, 167 ; Karlowa, II, 1178.
(5) Cass., ap. Ulp., 15 ad Ed., D., V, 3, 13, 4 : *Ne singulis judiciis vexaretur* Marcel., *eod.*, 13, 10 ; Sev., C., III, 28, 1.
(6) Ulp., 15 ad Ed., D., V, 3, 25, 18.
(7) *Ipsas res* (Ulp., 15 ad Ed., D., V, 3, 20, 21).
(8) Ulp., *eod.*, 20, 12 ; Paul, 20 ad Ed., *eod.*, 36, 3 ; 22.
(9) Ulp., *eod.*, 25, 2.

rieur (1) ; le possesseur de mauvaise foi est tenu de la perte et de la détérioration des biens héréditaires (2), des fruits qu'il a perçus et de ceux qu'il a négligé de percevoir (3).

Il peut, d'ailleurs, comme dans le droit antérieur (4), se faire tenir compte des impenses nécessaires et même des impenses utiles qu'il a faites pour les biens héréditaires, mais seulement si elles ont profité à l'héritier : les impenses faites pour une chose qui a péri restent à la charge du possesseur de mauvaise foi (5). Quant aux impenses voluptuaires, on lui laisse la faculté d'enlever tout ce qui est susceptible d'être repris sans détériorer la chose (6). En somme, le possesseur de mauvaise foi est traité aussi rigoureusement qu'avant le Sc. Juventien, sans avoir, comme autrefois, la chance d'usucaper *pro herede*.

b) Le *possesseur de bonne foi*, au contraire, est mieux traité qu'autrefois. Certes, il ne peut pas non plus invoquer l'usucapion *pro herede*, mais il parut inique de lui appliquer les règles anciennes alors qu'il n'avait plus l'espoir d'acquérir la propriété. Le Sénat lui accorda une compensation : il le libéra de tout dommage, même de celui qu'il aurait subi sur son propre patrimoine en achetant avec son argent des objets utiles à l'hérédité. Par suite, sa responsabilité fut limitée à son enrichissement (7). Cet enrichissement s'apprécie au jour du jugement. On ne peut demander compte au possesseur de bonne foi ni des biens héréditaires qu'il a perdus ou dissipés, ni des fruits qu'il a consommés ou qu'il a négligé de percevoir. S'il a vendu un bien héréditaire et qu'il en ait perdu, dissipé ou donné le prix, il ne doit rien parce qu'il ne s'est pas enrichi (8). Il ne peut même pas être indirectement forcé à le rendre : aussi l'héritier ne pourra-t-il revendiquer l'objet vendu entre les mains de l'acheteur, lorsque celui-ci aura un recours en garantie contre son vendeur (9).

(1) Cf. Ulp., *eod.*, 18 pr. ; 31, 3.
(2) Ulp., *eod.*, 20, 21. Cf. Gaius, 6 ad Ed. prov., *eod.*, 21.
(3) Ulp., *eod.*, 25, 4. Pour les premiers, peu importe qu'ils aient été perçus d'une manière conforme ou contraire à la morale (Ulp., *eod.*, 27, 1) : il ne faut pas que celui qui s'est livré à une exploitation honteuse soit mieux traité que celui qui aurait exploité honnêtement (Hermog., *eod.*, 52). Pour les seconds, on ne comprend dans l'estimation que ceux qui auraient pu être perçus honnêtement (Paul, D., VI, 1, 33).
(4) Sab., ap. Paul, 20 ad Ed., D., V, 3, 36, 5.
(5) Gaius, *eod.*, 39 pr. ; Paul, *eod.*, 38.
(6) Gaius, *eod.*, 39, 1. Cf. sur le *jus tollendi*, p. 262, 1.
(7) Ulp., *eod.*, 25, 11 ; 20 pr.
(8) Ulp., *eod.*, 25, 11 ; 23 pr. ; Paul, *eod.*, 28 ; 36, 4 ; 40, 1. Cf. p. 497, 1.
(9) Ulp., *eod.*, 25, 17 : *Et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonæ fidei possessorem habent.* Mommsen pense, en raison de la tournure singulière de la phrase, que la partie finale a été interpolée. La garantie formant le droit

c) La distinction qui précède entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi ne s'applique qu'à la période antérieure au procès. A partir de la *litis contestatio* (1), tout possesseur est considéré comme étant de mauvaise foi. Toutefois cette règle n'est pas absolue : elle comporte des distinctions analogues à celles qui ont été indiquées pour la revendication (2).

II. Droit prétorien. — 1° Le *bonorum possessor* fut, dans le principe, protégé exclusivement par l'interdit *quorum bonorum* dont l'objet et le but ont été indiqués (I, 531; 532). C'est un interdit *adipiscendæ possessionis :* il ne peut être intenté pour réclamer une chose qu'on a déjà possédée. Comme la *P. H.*, l'interdit se donne contre celui qui possède *pro herede* ou *pro possessore* (3) ; il se donne également contre celui qui a usucapé *pro herede* (4) et contre celui qui, par dol, a cessé de posséder.

Pour triompher, le demandeur doit prouver non seulement qu'il a obtenu la *B. P.*, mais aussi qu'elle lui a été régulièrement accordée en vertu de l'Edit (5). Le jugement rendu tranche défi-

commun en matière de vente au temps d'Ulpien, ce jurisconsulte n'a pu affirmer que la revendication est admise en principe si, dans sa pensée, elle est subordonnée au défaut de recours en garantie : le principe ne s'appliquerait que dans des cas exceptionnels. Cette objection ne paraît pas suffisante pour admettre l'interpolation. Il est certain, d'après la fin du texte, que l'héritier ne peut revendiquer efficacement contre l'acheteur, si le possesseur lui a remboursé le prix payé, alors même que ce prix serait bien inférieur à la valeur réelle de la chose : l'acheteur est autorisé à repousser sa demande par une exception en se fondant sur la situation faite à son vendeur par le sénatusconsulte. Pourquoi n'en serait-il pas de même en notre hypothèse? Cf. Windscheid, III, 612, 15. Mais, dit-on, il n'est pas exact que le Sénat ait entendu exempter le possesseur de bonne foi de tout dommage résultant de son erreur : s'il a vécu plus largement en considération de l'hérédité qu'il allait recueillir, il ne pourra se faire tenir compte de ce qu'il a dépensé en plus sur son patrimoine (Marcel., *eod.*, 25, 12). Il est vrai : le Sénat a posé une limite, mais cette limite consiste à l'exonérer de tout dommage résultant d'un acte d'immixtion dans l'hérédité (Ulp., *eod.*, 25, 14 : *Videndum an et sic attingatur hereditas*). Tel est bien le cas s'il a vendu un objet héréditaire. L'acheteur opposera, du chef de son vendeur, l'exception *quod præjudicium hereditati non fiat inter actorem et eum qui venumdedit* (Cf. Jul., D., XLIV, 1, 13; Ulp., D., V, 3, 5, 2).

(1) Ulp., *eod.*, 25, 7 : *Post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse, quinimo post controversiam motam.* Ces derniers mots sont expliqués par Ulpien (20, 6 et 11) : ils font allusion à de nouveaux modes d'introduire les instances, la *litis denunciatio*, l'*evocatio litteris*, qu'on voit apparaître au IIe siècle.

(2) P. 260-261. Paul, D., V, 3, 40 pr. : *Nec enim debet* (*bonæ fidei*) *possessor aut mortalitatem præstare aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.*

(3) Ulp., 67 ad Ed., D., XLIII, 2, 1 pr.

(4) Est-ce une conséquence du Sc. d'Hadrien? En était-il ainsi à l'époque antérieure? Les avis sont partagés. Cf. Maynz, III, 498, 3.

(5) Sev., Carac., C., VIII, 2, 1; Diocl., *eod.*, 2; Cic., *ad fam.*, VII, 21. Le défendeur n'est admis à invoquer sa qualité d'héritier que sous forme d'exception de dol (Pap., 13 Quæst., D., XXXVII, 11, 11, 2).

nitivement entre les parties la question de possession (1). Il peut être mis à néant si le défendeur qui succombe intente ultérieurement la *P. H.*

2° La protection accordée au *bonorum possessor* a été complétée par l'interdit *quod legatorum*, qui lui permet d'acquérir la possession de biens héréditaires dont s'est emparé un légataire. Il ne pouvait user ici de l'interdit *quorum bonorum,* puisque le légataire ne possède ni *pro herede*, ni *pro possessore,* mais *pro legato* (2).

3° Les actions fictices fournissent au *bonorum possessor* le moyen de faire valoir les droits réels et de créance appartenant au défunt : il agit *ficto se herede.* La formule délivrée par le Préteur contient la clause : *Si A. Agerius L. Titio heres esset.* Dès lors le *bonorum possessor* devient comme un héritier; son droit cesse d'être limité aux biens corporels héréditaires. Il en était ainsi dès le temps d'Auguste (I, 529, 3; 530, 1-3).

4° On a permis au *bonorum possessor* d'intenter une action universelle, comme s'il était héritier : la *P. H. possessoria* (3).

CHAPITRE VII

Legs.

L'ancien droit ne connaissait d'autre mode régulier de disposer à cause de mort à titre particulier que le legs. Il se présentait sous trois formes : *per vindicationem*, *per damnationem*, *sinendi modo* (I, 544). Mais comme la validité du legs avait été subordonnée à des conditions assez rigoureuses, la pratique avait parfois recours à des moyens détournés qui constituaient des *mortis causa capiones* (I, 548). Au temps d'Auguste, on voit apparaître

(1) La question est controversée. Cf. Savigny, *Verm. Schr.*, II, 216; Machelard, *Interdits*, 59.

(2) P. 664, 2. S'il y a doute, cf. Arrianus, ap. Ulp., *eod.*, 1, 4.

(3) Cf. Lenel, *E. P.*, I, 206. On discute sur la date de cette innovation. D'après Leist-Glück (lib. 37-38), elle ne serait pas antérieure à Justinien. Arndts (*Civ. Schriften*, II, 345) a démontré l'invraisemblance de cette manière de voir. On ne comprendrait pas pourquoi les compilateurs auraient éprouvé le besoin d'insérer au Digeste un titre sur la *P. H. possessoria* pour n'y mettre que deux très courts fragments qu'ils auraient dû interpoler. Il est plus probable que cette action figurait dans l'édit perpétuel ; le Préteur avait compris la nécessité de compléter son œuvre en plaçant à tous égards le *bonorum possessor* dans une situation analogue à celle de l'héritier. La *P. H. possessoria* ne pouvait, il est vrai, servir au *bonorum possessor sine re* contre l'héritier; mais elle était fort utile au *b. p. cum re*, et même au *b. p. sine re* contre tout autre possesseur que l'héritier.

deux nouveaux modes de disposer à cause de mort dont l'usage remonte peut-être à une époque antérieure, mais qui reçurent alors seulement une valeur juridique : le fidéicommis et la donation à cause de mort.

Cette multiplicité des modes de disposer à cause de mort prouve combien était répandu ce genre de libéralités. Ordinairement il s'adresse à la femme (1) ou à la fille du testateur (2), à un parent, à un ami (3), à un médecin (4), à un enfant qu'on a élevé (*alumnus*) (5), à un affranchi (6), et sous l'Empire à une cité (7). Autant les donations entre vifs sont rares, autant les legs et fidéicommis sont fréquents : au Digeste, un seul titre est consacré aux donations entre vifs ; il ne comprend que trente-cinq fragments. Les legs, au contraire, ont fourni la matière de sept livres contenant un grand nombre de décisions.

I. Notion du legs. — Le legs, en droit classique, est une libéralité (8) faite par testament ou par codicille (9) aux dépens d'une hérédité (10) et avec l'intention de gratifier une personne déterminée. Ordinairement cette libéralité a pour effet d'enrichir le légataire, mais il suffit qu'elle lui procure un avantage quelconque (11), par exemple lorsqu'un testateur lègue à sa femme le montant de sa dot, dispense un héritier de fournir une

(1) P. 113, 4. Treb., Proc., ap. Jav., D., XXXII, 100, 2 ; Scæv., D., XXXI, 33, 1 ; Treb., Cascel., Tubero, Lab., ap. Jav., D., XXXIII, 6, 7 pr. : *Vinum, oleum*, etc. ; Ofil., Lab., D., XXXIV, 2, 39 pr. : *Mundus muliebris ;* Scæv., D., XXX, 102 pr. : *Lateralia viatoria ;* Jav., D., XXXI, 41, 1 : *Dotis nomine* ; cf. Cels., *eod.*, 21 ; Pap., D., XXXIII, 1, 10, 2 : *Annuum.*

(2) Il y a aussi des exemples de legs faits par la femme à son mari (Mod., 10 Resp., D., XXXI, 34, 7 ; Alf., 2 Dig., D., XXXIII, 1, 22 ; Ulp., 15 ad Sab., D., XXX, 17 pr., 1 ; Jul., 33 Dig., *eod.*, 84, 6 ; Afric., 5 Quæst., *eod.*, 108, 13 ; Pomp., 8 ad Q. Muc., D., XXXI, 45 pr. ; Pap., 8 Resp., *eod.*, 77, 9 et 19.

(3) Pap., *eod.*, 77, 20 ; Scæv., 17 Dig., D., XXXIII, 1, 19, 1 ; XXXIV, 2, 40, 2.

(4) Scæv., *eod.*, 40 pr. ; Pap., 2 Resp., D., XXXIII, 1, 10, 1.

(5) Paul, D., XXXII, 78, 3 ; Scæv., D., XXXIII, 1, 18, 1 ; XXXII, 102, 2.

(6) Pap., 7 Resp., D., XXXIII, 1, 9 ; 10, 3 ; Scæv., *eod.*, 13, 1 ; 18, 1 ; 21 pr.

(7) P. 176, 2. Mod., 11 Resp., D., XXXIII, 1, 6 ; Scæv., 22 Dig., *eod.*, 21, 3 ; Marc., *eod.*, 23, 21 ; Ulp., 51 ad Ed., D., XXX, 71, 5 et 6. Legs à un *vicus* (Gaius, *eod.*, 73, 1 ; Marc., *eod.*, 107 ; Paul, *eod.*, 122 pr. ; Pap., D., XXXI, 77, 33).

(8) *Liberalitas* : Pap., 19 Quæst., D., XXXI, 67, 1 ; Callist., 4 Cognit., D., XXXV, 3, 6. *Donatio* : Modest., 3 Pand., D., XXXI, 36. D'après certains auteurs, le caractère de libéralité n'est pas essentiel ; le legs peut ne procurer au légataire aucun avantage pécuniaire, par exemple lorsque le légataire est grevé d'un fidéicommis d'une valeur égale à celle qu'il a reçue (Pomp., ap. Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 4, 29, 2 ; Ulp., 51 ad Ed., D., VII, 9, 9 pr.). Cf. Windscheid, III, 623, 1 ; Fadda, *Diritto ereditario*, 56. Cette manière de voir, contraire à l'opinion commune, doit être écartée par les distinctions ci-après indiquées. Cf. Dernburg, III, 98, 5 ; Ferrini, *Legati*, 55.

(9) Jul., 37 Dig., D., XXIX, 7, 2, 2.

(10) *Delibatio hereditatis*, t. Ier, 545, 1 ; cf. Paul, D., XXXI, 12 pr.

(11) Paul, ad leg. Falcid., D., XXXV, 2, 1, 10 ; Ulp., 1 Fid., D., XXXII, 7, 2.

caution ou renonce à une exception (1). La libéralité peut n'être qu'éventuelle (2) : lorsque le légataire est chargé de remettre à un tiers l'objet légué, il n'a qu'une chance de profiter du legs : si le tiers meurt avant le testateur. Il n'y a pas de libéralité et partant pas de legs, si la personne désignée par le testateur n'est qu'un intermédiaire (*minister*). Cette personne n'a pas d'action contre l'héritier, et si, après avoir rempli sa mission, il lui reste quelque chose, elle doit le rendre à l'héritier (3).

Le legs implique la volonté de gratifier une personne déterminée. Si un testateur charge son héritier d'acquitter la dette de Titius, le créancier n'est pas légataire bien qu'il doive profiter de la clause du testament (4). Cette condition était si rigoureusement exigée qu'on annulait le legs *pœnæ nomine relictum*. On entend par là une disposition tendant à contraindre indirectement l'héritier à faire ou à ne pas faire quelque chose (5). Le legs est subordonné à l'inexécution par l'héritier de la volonté du testateur. L'intention de gratifier n'apparaît ici qu'au second plan : c'est insuffisant pour que le legs existe.

Les conditions qui précèdent sont requises pour l'existence du legs. Pour sa validité il faut, de plus : 1° que le légataire soit capable. La capacité est la même que pour l'institution d'héritier : *testamenti factio* et *jus capiendi ;* 2° que le legs soit susceptible d'exécution si le testateur mourait au moment de la confection du testament. Ainsi le veut la règle Catonienne, inspirée par d'anciens usages et qui n'a plus d'application que dans quelques cas isolés (I, 555, 2).

II. Innovations introduites par la jurisprudence. — Pour répondre aux besoins de la pratique, la jurisprudence s'efforça d'assouplir un acte juridique d'un usage aussi répandu. Il fallait un instrument susceptible de se prêter à toutes les manifestations de la libéralité du disposant et de suivre les fluctuations de sa volonté (*ambulatoria voluntas*) (6). On eut ici plus de latitude que pour l'institution d'héritier qui avait pour but de donner au défunt un représentant. Aussi la jurisprudence eut-elle pour principe de traiter les legs avec faveur ; elle fit du legs une *causa favorabilis* comme l'affranchissement et la dot.

(1) Paul, IV, 1, 1 ; Ulp., D., XXX, 28 pr. ; M. Aur., C. VI, 54, 2.
(2) Legs d'un esclave pris à l'ennemi (Jul., D., XXX, 98 ; 104, 2).
(3) Marcel., D., XXXI, 17 pr. ; Scæv., D., XXXVI, 1, 80, 1 ; XXXI, 88, 1.
(4) Ulp., 2 Fid., D., XXXII, 11, 22. Cette règle remonte à Q. Mucius (ap. Pomp., 8 ad Q. Muc., D., XXXIII, 1, 7.
(5) Gaius, II, 235. Cf. Just., C., VI, 41, 1.
(6) P. 598, 6

Cette faveur eut une limite : le sort des legs est aux mains de l'héritier. La jurisprudence eut soin de ne pas rendre son droit illusoire, de lui laisser un intérêt appréciable à faire adition conformément à la loi Falcidie.

L'œuvre de la jurisprudence a consisté : 1° à faciliter la naissance et la révocation des legs; 2° à élargir la sphère d'application des deux formes anciennement usitées pour faire un legs ; 3° à écarter en certains cas la nullité résultant de l'emploi d'une formule impropre ; 4° à consacrer une quatrième forme de legs qui permet d'avantager l'un de plusieurs héritiers; 5° à interpréter les legs de la manière la plus large.

§ 1er. *Formation et révocation des legs.* — 1° *Codicille.* — Depuis Auguste, le legs peut être fait par codicille aussi bien que par testament. Le codicille est une forme simplifiée pour disposer à cause de mort à titre particulier. Comme son nom l'indique, c'est un petit testament (*codex*), mais il se fait par écrit sans aucune solennité. Lorsqu'un citoyen voyageant à l'étranger voulait ajouter quelques clauses à son testament, il lui était souvent difficile de le refaire : où trouver les témoins requis par la loi (1) ? Il adressait alors à son héritier une lettre, pour l'informer de ses nouvelles dispositions. Cet écrit fut d'abord sans valeur, mais au temps d'Auguste, sous l'influence de Trébatius et de Labéon, la jurisprudence consacra ce moyen si commode de compléter un testament. On exigea seulement que le testateur se réservât l'usage de ce droit en déclarant dans son testament qu'il confirmait par avance les codicilles qu'il pourrait faire (2) ; sinon la disposition contenue dans le codicille ne valait qu'à titre de fidéicommis. Dans la suite on admit la validité du codicille fait par un citoyen mort intestat ; mais le codicille *ab* intestat comme le codicille non confirmé, ne peut contenir que des fidéicommis (3).

C'étaient là des innovations d'une portée considérable. Jusqu'alors il avait été de principe qu'on ne pouvait disposer de ses biens que par un acte d'ensemble portant sur la totalité du patrimoine : désormais on put faire des actes de disposition séparés. C'était un acheminement vers notre droit actuel; mais l'innovation fut restreinte aux legs et aux fidéicommis : on ne peut instituer un héritier par codicille (4).

(1) Paul, de j. codicil., D., XXIX, 7, 8, 2.
(2) Inst., II, 25 pr.; Gaius, II, 270a; cf. Paul,, D., XXIX, 7, 8, 6 ; Marc., *eod.*, 6, 2.
(3) Paul, *eod.*, 8, 1 ; Gaius, II, 270a.
(4) Pap., 15 Quæst., *eod.*, 10; cf. Jul., ap. Paul, 5 ad l. Jul. et Pap., *eod.*, 20;

On remarquera que cette dérogation au principe du droit ancien fut admise sans le concours du législateur. La jurisprudence réussit à la justifier théoriquement, en disant que le codicille est réputé faire corps avec le testament même s'il n'est pas confirmé. Ce fut un *jus singulare*. En conséquence, le sort du codicille fut lié à celui du testament (1). Mais devait-on pousser jusqu'au bout cette idée que le codicille était censé écrit dans le testament? Les Sabiniens étaient de cet avis; les Proculiens, dont l'opinion a prévalu, firent admettre en bien des cas que la disposition écrite dans le codicille serait appréciée au jour où il a été fait (2). Quant aux codicilles *ab* intestat, on justifia la dérogation en disant que le défunt était censé avoir laissé son hérédité aux héritiers légitimes (3). Aussi un testament nul ne peut-il valoir comme codicille *ab* intestat (4). Un codicille *ab* intestat peut être transformé en codicille testamentaire et confirmé par un testament postérieur (5).

Le codicille est, comme le testament, un acte essentiellement révocable. Le testateur ne peut par avance en subordonner la validité à une condition quelconque; il conserve toujours la faculté de changer d'idée (6).

2° *Révocation des legs.* — Un legs peut être révoqué directement (*ademtio*), ou indirectement (*translatio*).

a) Pour révoquer un legs directement, il faut en principe observer les mêmes formes que pour le faire; il faut aussi employer une formule identique, en y insérant une négation (7). Telle est la règle du droit strict. La jurisprudence n'a pas manqué de réagir contre cette rigueur : il est plus facile en droit classique de révoquer un legs que de le faire. On n'exige aucune solennité : un legs comme un fidéicommis peut être révoqué *nuda voluntate*, par une manifestation quelconque de volonté. Toutefois le legs n'est pas, comme le fidéicommis, éteint *ipso*

Philip., C, VI, 36, 2. Parfois cependant le codicille était interprété comme contenant un fidéicommis d'hérédité (Pap., *eod.*, 13, 1). On peut d'ailleurs, en faisant son testament, se réserver de désigner l'héritier (Pap., D., XXVIII, 5, 78).

(1) Sab., Cass., ap. Scæv., D., XXIX, 7, 14 pr.; Jul., *eod.*, 2, 2; Jul., 3, 2.

(2) Vivian., ap. Scæv., *eod.*, 14 pr.; Jul., *eod.*, 2, 1, 4; Gaius, D., XXIX, 1, 17, 4; Marc., D., XXIX, 7, 7, 1; Paul, *eod.*, 8, 4.

(3) Paul, *eod.*, 8, 1 : *Quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.*

(4) Ulp., 4 Disp., *eod.*, 1. Au Bas-Empire, le testateur peut, par une clause expresse, attribuer à son testament, à titre subsidiaire, la valeur d'un codicille : c'est ce qu'on appelle la *clause codicillaire* (Theod., C., VI, 36, 8 pr.).

(5) Paul, *eod.*, 8 pr.

(6) Marc., 7 *Inst.*, *eod.*, 6, 2.

(7) Ulp., XXIV, 29; Inst., II, 21 pr.

jure : l'héritier devra opposer une exception de dol (1).

La révocation peut être tacite : par exemple, lorsque le testateur aliène volontairement (2) l'objet qu'il a légué (3) ou lorsqu'une inimitié grave (*vendetta*) est survenue entre le testateur et le légataire (4). Si la révocation n'est que conditionnelle, le legs est tacitement subordonné à la condition inverse (5). On traite comme une révocation tacite la radiation du legs faite par le testateur sur ses tablettes (6).

Le transfert d'un legs entraîne aussi une révocation tacite : le cas le plus simple est celui où le testateur attribue à un autre légataire un objet déjà légué. D'une manière générale, il y a transfert d'un legs lorsque le testateur modifie sa première disposition, soit en changeant le grevé, le bénéficiaire ou l'objet du legs, soit en la subordonnant à une condition. Dans tous ces cas, il y a révocation tacite (7) du premier legs et création d'un second. Le transfert d'un legs est un acte double comme la novation, à la fois extinctif et créateur. Ces deux effets ne sont pas indivisibles : l'efficacité de la révocation n'est pas subordonnée à la validité du nouveau legs.

§ 2. *Extension de la sphère d'application des legs.* — L'application du legs *p. d.*, d'abord restreinte aux quantités qui se pèsent ou qui se comptent (I, 547), fut étendue par la jurisprudence aux quantités qui se mesurent, puis aux corps certains, aux créances et même aux choses incertaines. C'est vers le milieu du VII[e] siècle que ce legs paraît avoir reçu une portée générale (8) : il devint *optimum jus legati* (9). — Pareillement la jurisprudence admit (10) qu'on pourrait léguer *per vindicationem* les quantités qui se pèsent, se comptent ou se mesurent, alors même qu'elles n'appartiendraient pas au testateur lors de la confection du tes-

(1) Ulp., 24 ad Sab., D., XXXIV, 4, 3, 11 ; Paul, de adsign. lib., *eod.*, 15.

(2) Ulp., 2 fid., D., XXXII, 11, 12. Cette condition proposée par Celsus (Inst., II, 20, 12), n'était pas admise d'une manière générale, au temps de Gaius (II, 198).

(3) Pap., 8 Resp., D., XXXIV, 4, 24, 1 ; Paul, *loc. cit.* ; Mod., 8 Differ., *eod.*, 18 ; Sev., Carac., C., VI, 37, 3.

(4) Pap., *eod.*, 22 ; Ulp., 3, 11. Pour un affranchi, il suffit que le testateur lui ait dans une partie postérieure du testament reproché son ingratitude (Paul, 29).

(5) Cels., 22 Dig., *eod.*, 17 ; Paul, de j. cod., *eod.*, 16.

(6) Gaius, *eod.*, 5 : *Quæ res in personam Titii tacitam ademtionem continet.*

(7) Paul, *eod.*, 6 pr. 1 et 2 ; Pomp., *eod.*, 20 ; Ulp., D., XXX, 34 pr.

(8) La *mortis causa capio* est encore mentionnée à côté du legs dans le règlement sur les *sacra* de P. Mucius Scævola, le grand pontife de l'an 631 ; il n'en est plus question dans la loi Falcidie. Il est à remarquer que les jurisconsultes des VII[e] et VIII[e] siècles traitent avec une sorte de prédilection des legs de genre et de quantités (Voir les textes cités p. 43, 7).

(9) Gaius, II, 197. III, 175. Il est nul s'il a pour objet des choses hors du commerce (Ulp., XXIV, 9).

(10) *Placuit*, dit Gaius, II, 196.

tament, pourvu qu'elles fussent sa propriété à son décès. — Quant au legs *sinendi modo,* il suffit que l'objet légué appartienne au testateur ou à l'héritier lors du décès (1).

§ 3. *Atténuation du formalisme.* — Le testateur a la faculté d'employer certaines formules autres que les formules consacrées (2). Un Sc. proposé par Néron (54-68) décida qu'un legs nul, en raison de l'emploi d'une formule impropre (*minus aptis verbis*), tel qu'un legs *p. v.* portant sur la chose d'autrui, serait réputé fait *per damnationem.* On appliqua cette règle au legs *sinendi modo* (3). Avant le Sc. Néronien, les testateurs prudents prévenaient toute difficulté en juxtaposant les formules *p. v.* et *p. d.* Cet usage se conserva même après le Sc. (4) : il avait l'avantage de permettre au légataire d'intenter à son choix l'action réelle ou l'action personnelle (5). De même pour éviter qu'un legs ne fût nul à titre de legs *p. d.*, on joignait à la formule du legs celle du fidéicommis (6).

§ 4. *Nouvelle forme de legs :* per præceptionem. — Le legs par préciput a été consacré à une époque relativement récente, sous l'influence des Proculiens. Anciennement, le testateur qui voulait avantager un de ses héritiers, avait le choix entre plusieurs moyens : lui attribuer une part supérieure à celle de ses cohéritiers, par exemple huit onces à l'un, quatre onces à l'autre, ou l'autoriser à prendre en sus de sa part un objet déterminé (*prælegare*) (7). Le *prælegatum* n'était pas un legs : le cohéritier avantagé ne pouvait pas, comme un légataire *p. v.*, revendiquer l'objet qui lui avait été assigné, car les qualités d'héritier et de légataire sont incompatibles. Le *prælegare* n'était qu'une invitation adressée au juge de l'action en partage, d'attribuer à l'héritier désigné un certain objet en sus de sa part. Telle était la doctrine soutenue encore au début de l'Empire par les Sabiniens; ils en concluaient logiquement que le *prælegare* n'était pas possible au

(1) Gaius, II, 211. Cf., t. Ier, 545, 4.

(2) P. 53, 1. La formule *do lego* peut être remplacée dans le legs *p. v.* par celle de *lego* (Alf., D., XXXIII, 2, 40), ou de *sumito sibique habeto* (Aufid., ap. Lab., D., XXXIII, 5, 20), ou simplement de *sibi habeto* (Alf., D., XXXIII, 8, 14; cf. Gaius, II, 193). La formule *dare damnas esto* peut être remplacée dans le legs *p. d.* par celles de *dato* (Cic., *ad Her.*, I, 12; *De inv.* II, 40; Alf., D., XXXIII, 1, 22), *dare jubeo* (Cic., *p. Cluent.*, 7), *damnas esto* (Alf., D., XXX, 106); cf. Cascell., ap. Lab., D., XXX, 106 : *Damnas esto reddere* ou *reddito*.

(3) Gaius, II, 197, 212; Ulp., XXIV, 11[a].

(4) Cf. le testament de Dasumius de l'an 708 (*C. I. L.*, X, 114, l. 125).

(5) Cf. le testament de Longinus Castor de l'an 189 (Pap. de Berlin, n° 326, I, 15); Aristo, ap. Mæc., 2 Fideic., D., XXXII, 95.

(6) Paul, 11 ad Plaut., D., XXX, 85; 3 Reg., *eod.*, 33.

(7) Plin. (*H. n.*, XXXIII, 2, 38) cite un exemple relatif à l'an 621.

profit d'un tiers, et qu'il ne pouvait avoir pour objet qu'une chose appartenant au testateur. Cette doctrine fut combattue par les Proculiens : ils soutenaient qu'on ne devait pas annuler une disposition faite au profit d'un tiers, parce que le testateur avait dit : *præcipito* au lieu de *capito*. Cette opinion trouva un point d'appui très solide dans le Sc. Néronien. Sabinus essaya bien de dire qu'il y avait ici un *vitium personæ* et non une formule impropre : l'opinion contraire prévalut. Un demi-siècle plus tard, l'un des chefs de l'école sabinienne, Julien, se rallia sur ce point aux Proculiens. Hadrien décida que le legs *per præceptionem* fait à un tiers aurait l'effet d'un legs *p. v.* lorsque l'objet légué serait la propriété du testateur. Dans le cas contraire, il eut l'effet d'un legs *p. d.* en vertu du Néronien (1).

On ne s'en tint pas là : on admit la validité du legs *per præceptionem* fait à l'un des héritiers, suivant la doctrine des Proculiens. Ce sont sans doute des raisons pratiques qui déterminèrent la jurisprudence. Le *prælegare* était très usité, surtout en matière de dot et de pécule ; il entraînait des complications pour fixer la proportion suivant laquelle on devait répartir les dettes héréditaires. C'est peut-être pour éviter cet inconvénient que l'on favorisa l'emploi du *prælegatum* et qu'on en fit une nouvelle espèce de legs, le legs *per præceptionem*.

Au point de vue théorique, la construction de ce legs n'était pas sans difficultés : une même personne ne peut être à la fois le grevé et le bénéficiaire du legs (2) ; le legs doit donc être nul tout au moins dans la mesure de la part qui lui revient dans la succession. Cela ne l'empêchera pas de prélever la totalité de l'objet légué, mais elle en acquerra une part comme héritière, l'autre comme légataire : elle devra imputer sur sa quarte la part qui lui revient comme héritière (3) ; de même si elle est grevée d'un fidéicommis universel, elle ne sera pas tenue de rendre ce qu'elle acquiert à titre de légataire (4). Si elle renonce à la suc-

(1) Gaius, II, 218-222.
(2) Ulp., XXIV, 22 : *Heredi a semet ipso legari non potest.*
(3) Jul., 40 Dig., D., XXXV, 2. 81 ; Gaius, 3 ad Ed. pr. urb., *eod.*, 74.
(4) Decr. Marci, ap. Ulp., 15 ad Sab., D., XXXVI, 1, 18, 3. Le principe d'après lequel le legs *per præceptionem* est nul dans la mesure de la part que le légataire acquiert à titre d'héritier, conduit à des conséquences singulières lorsque la même chose a été léguée conjointement à l'un des héritiers et à un tiers, ou à deux des héritiers. Dans le premier cas, le tiers profitera de la part caduque de son colégataire (Ulp., D., XXX, 34, 1 ; Flor., *eod.*, 116, 1) ; dans le second, si les héritiers colégataires sont institués pour des parts inégales, la part que chacun d'eux prendra à titre de légataire sera d'autant plus forte que sa part héréditaire sera plus faible (Ulp., *eod.*, 34, 12).

cession, elle conserve son titre de légataire et peut réclamer l'objet légué en totalité (1).

§ 5. *Interprétation des legs.* — C'est à propos des legs qu'on a posé la règle : *In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur* (2). Parmi les nombreuses applications de cette règle, nous citerons les cas où le testateur s'est trompé dans l'expression de sa volonté. Dès le temps de César et d'Auguste, les jurisconsultes furent d'avis de faire prévaloir la volonté réelle du testateur, toutes les fois qu'elle n'est pas douteuse. C'est ainsi que l'erreur est indifférente lorsqu'elle porte sur la désignation ou sur les qualités de l'objet légué (3), sur la cause du legs (4), et même sur la désignation du légataire, à moins qu'on n'ait pris une personne pour une autre (5). Si l'erreur porte sur la quantité léguée, par exemple si on a légué la somme de 100 qu'on a en caisse tandis qu'il n'y a que 50, le legs est valable pour 50 ; il est nul pour le surplus comme si l'on avait légué une chose qui n'existe pas ; il en serait autrement si la quantité léguée était réellement en caisse lors du décès et qu'elle eut diminué depuis : ici le legs est valable pour le tout ; la perte est pour l'héritier (6).

III. Restriction légale a la liberté de léguer. — Les lois Furia et Voconia n'avaient restreint la liberté de léguer que d'une manière indirecte (I, 552, 3 ; 553, 3). La première édicte la peine du quadruple contre le légataire qui réclame un legs supérieur à mille as ; la seconde lui retire le droit de recueillir une valeur supérieure à celle qui revient à l'héritier. La loi Falcidie, au contraire, s'adresse au testateur et limite directement le droit de léguer (7). C'est un plébiscite, proposé l'an 714 par le

(1) Jul., 31 Dig., D., XXX, 18.

(2) Paul., D, L., 17, 12 ; Marcel., D., XXXIV, 5, 24. Cf. Lenel, I, 1258. Le nouveau principe d'interprétation des legs n'a pas triomphé sans résistance : on trouve encore dans quelques textes (Mod., D., XXXIII, 2, 19) la trace du système ancien de l'interprétation littérale (Cf. Gérardin, *Nouv. Rev. hist.*, XI, 710). D'après Gaius (D., XXXV, 1, 16), il faudrait distinguer entre les dispositions *quæ extra testamentum incurrunt* et celles *quæ ex ipso testamento oriuntur* : les premières seules peuvent *ex bono et æquo interpretationem capere* ; pour les autres *necesse est secundum stricti juris rationem expediri.* Mais Gaius lui-même applique ailleurs la règle nouvelle (*eod.*, 17 pr., 1). Au Bas-Empire, le système antique a été définitivement écarté (p. 858, 4).

(3) Jav., 3 Post., D., XXXIV, 5, 28 ; Scæv., 17 Dig., D., XXX, 102, 1.

(4) Treb., Ofil., ap. Jav., 2 Post., D., XXXV, 1, 40, 4 : *Demonstratio falsa legatum non perimit.*

(5) Jul., 24 Dig., D., XXXVII, 11, 8, 2 ; Ulp., 5 ad Sab., D., XXVIII, 5, 9 pr.

(6) Afr., 5 Quæst., D., XXX, 108, 10. Par exception, le *legatum pro dote* est valable même si la quantité léguée est supérieure à la dot reçue par le mari (Serv., ap. Lab., Post., D., XXXIII, 4, 6).

(7) Dio Cass., XLVIII, 33 ; Euseb., *Chron.*, éd. Schœne, II, 39 ; Paul, ad l. Fal-

tribun Falcidius ; il contient deux chapitres qui tous deux concernent exclusivement les citoyens romains (1).

§ 1er. La loi Falcidie consacre le droit du testateur de faire des legs, pourvu que ses héritiers recueillent, en vertu du testament, au moins un quart de l'hérédité. Elle ajoute que tout citoyen à qui un legs *p. v.* aura été fait dans les limites fixées par la loi, sera autorisé à se mettre en possession *sine fraude sua*, c'est-à-dire sans être exposé à la peine édictée par la loi Furia, et sans avoir à craindre de réclamation en vertu de la loi Voconia. Il en est de même pour le legs *per damnationem* (2).

Quelle fut la cause de cette restriction apportée à la liberté de léguer? S'il fallait en croire Gaius et Justinien, le législateur cherchait un moyen d'assurer à l'héritier institué une quote-part de la succession afin de l'encourager à faire adition de l'hérédité, et par suite d'écarter les successeurs *ab* intestat. Nous avons déjà vu que si tel eût été le but de la loi Voconia, le législateur se serait montré bien imprévoyant (I, 553). On ne peut pas adresser le même reproche à la loi Falcidie (3), et cependant cette sollicitude du législateur pour l'héritier institué, ce souci d'exclure les héritiers légitimes, paraissent étranges : on ne s'expliquerait guère comment on en aurait fait une loi d'ordre

cid., D., XXXV, 2, 1 pr. Cf. sur les lacunes et incorrections de ce texte, GRADENWITZ, *Z. Sav. St.*, XIV, 116

(1) Les lois Furia et Voconia ont continué à être appliquées aux habitants des cités latines qui jouissaient du *commercium* et de la *testamenti factio*. Cicéron (*p. Balbo*, 8) atteste que ces deux lois figurent parmi les nombreuses lois romaines acceptées par les Latins. Ulpien (XXVIII, 7) parle de la loi Furia comme si elle était encore en vigueur de son temps : elle devait s'appliquer, avant l'édit de Caracalla, aux Latins fictifs, c'est-à-dire aux pérégrins qui avaient obtenu le *jus Latii* (p. 77, 3). La distinction du *Latium majus* et *minus*, qui n'était jusqu'ici connue que par Gaius (I, 96), est confirmée par une inscription récemment découverte en Tunisie : elle cite le nom d'un habitant de Gighti qui alla deux fois à Rome demander le *Latium majus* pour ses concitoyens (Cp. R. *Acad. Inscr.*, 1902, p. 38).

(2) Le texte de la loi Falcidie doit être rapproché de la disposition des Douze Tables sur la liberté de léguer. Il en diffère à deux points de vue quant à la forme et quant à l'objet du legs : 1° tandis que les décemvirs n'établissent aucun rapport entre le legs et le testament (I, 301), la loi Falcidie déclare par deux fois qu'elle vise les legs contenus dans un testament. Par là elle exprime sa volonté de consacrer la règle établie par la jurisprudence et qui subordonne le legs au testament (I, 544) ; 2° tandis que la loi des Douze Tables parle uniquement des legs *super pecunia*, la loi Falcidie vise en même temps les legs portant sur toute autre chose. Les deux lois procèdent d'ailleurs d'une pensée différente : la première reconnaît aux citoyens un droit nouveau; la seconde leur enlève une liberté dont ils jouissaient.

(3) Il y a un cas où la loi pourrait manquer son but : celui où le testateur a légué une somme d'argent alors que sa fortune se compose d'objets susceptibles de dépérir. Si ces objets périssent dans l'intervalle qui sépare le décès de l'adition, comme le calcul de la quarte doit se faire en se reportant au jour du décès, l'héritier n'aura plus son quart et restera tenu de payer le legs : il est à craindre qu'il ne renonce à la succession. Mais, dit Justinien (II, 22, 2), les légataires ne manqueront pas de s'arranger avec lui pour éviter de tout perdre.

public (1) dont l'application ne peut être écartée par la volonté du testateur (2). La loi Falcidie a dû être inspirée par des raisons d'ordre politique (3).

§ 2. En principe, l'héritier testamentaire a seul droit à la quarte : lui seul est tenu de l'impôt sur les successions. Ni le fidéicommissaire universel, ni le légataire d'hérédité (4) ne peuvent invoquer la Falcidie; ils n'ont que le droit d'imputer sur les legs mis à leur charge la réduction qu'on leur fait subir (5). Par exception, Antonin le Pieux accorda le droit à la quarte à l'héritier *ab* intestat grevé de fidéicommis (6), bien que la raison qui avait motivé la loi ne fût pas applicable.

§ 3. Le calcul de la quarte comprend deux opérations qui, dans l'opinion qui a prévalu (7), doivent être faites en se reportant au jour du décès. La première consiste à déterminer la valeur de la succession, dettes déduites, et à diviser cette valeur par 4. On estime les corps héréditaires d'après leur valeur marchande, et non d'après leur valeur relative (8); les créances, d'après la solvabilité du débiteur ou d'après leur valeur vénale (9). Seules les

(1) Pap., 13 Resp., D., XXXV, 2, 15, 1 et 8; Scæv., 6 Resp., *eod.*, 27; Gord., C., XI, 50, 11. Cette règle a été supprimée par Justinien (Nov., 1, c. 2, 2. Cf. p. 861).

(2) Il lui est seulement permis de léguer une chose ou une valeur déterminée à son héritier pour lui tenir lieu de sa quarte : dans ce cas, l'héritier doit opter entre le legs et la quarte. L'héritier a toujours le droit de renoncer à la quarte. Il est déchu, comme indigne, du droit de l'invoquer lorsqu'il s'est chargé d'un fidéicommis en fraude de la loi (p. 629, 7). Marcel., Jul., D., XXXV, 2, 75; Flor., 90; Gord., C., VI, 50, 9; cf. C., 19.

(3) Ce fut, suivant toute vraisemblance, une loi de circonstance. Elle paraît motivée par un édit des triumvirs (Appian., *B. C.*, V, 67) rendu en la même année 714. Cet édit dispose que tout citoyen qui recueillera une succession testamentaire sera tenu d'en remettre une partie au Trésor pour subvenir aux frais de la guerre contre Pompée. C'était une sorte d'impôt sur les successions. La loi Falcidie eut pour but d'intéresser les héritiers institués à accepter les successions qui leur étaient offertes; grâce à elle, l'État serait assuré de percevoir l'impôt qu'il ne pouvait exiger des héritiers *ab* intestat. La résistance du peuple au payement de l'impôt fit échouer la combinaison des triumvirs; mais trente-cinq ans plus tard l'idée fut reprise et la loi Julia *vicesimaria* établit un impôt permanent du vingtième sur les successions. Les légataires en furent tenus aussi bien que les héritiers (p. 616, 2). On voit maintenant pourquoi la loi Falcidie ne s'applique qu'aux citoyens romains : eux seuls étaient assujettis à l'impôt. Comme compensation, on les délivra des entraves à la liberté de léguer, résultant des lois Furia et Voconia.

(4) Jul., 39 Dig., D., XXXVI, 1, 25, 2; Ulp., 5 Disp., *eod.*, 22, 5.

(5) Nerat., ap. Paul, 8 ad Plaut., D., XXXV, 1, 43, 3; cf. Proc., Cass., *eod.*, 43 pr.; Vindius, ap. Marc., D., XXXV, 2, 3, 2, 4; Scæv., cf., *eod.*, 25, 1.

(6) Paul, 11 Quæst., D., XXXV, 2, 18 pr.

(7) Marcel., *eod.*, 56 pr. *Placuit*: Gaius, *eod.*, 73 pr. : *Visum est.*

(8) Ulp., 2 ad l. Jul., et Pap. ; Paul., 2 *eod.*, 62, 1 ; 63.

(9) Paul, *eod.*, 63, 2 ; Ulp., 8 Disp., 82. Pour les créances conditionnelles, Gaius (18 ad Ed. prov., *eod.*, 73, 1) indique deux autres modes de procéder. Quant aux créances naturelles, Julien (ap. Paul, *eod.*, 1, 18) les traite comme les dettes conditionnelles, car elles augmentent ou non l'actif de la succession *ex eventu.* Pour les obligations solidaires, Julien (62 pr.) distingue suivant qu'il y a ou non société.

créances contre l'héritier sont comptées pour leur valeur nominale, car *ipse... sibi dives est* (1). On déduit ensuite les dettes, même celles dont le testateur était tenu envers l'héritier, les frais de liquidation, les frais funéraires, et même, suivant Sabinus, les frais d'érection d'un monument (2).

La deuxième opération consiste à rechercher la valeur de ce que l'héritier acquiert à titre d'héritier, déduction faite des charges qui lui incombent (3). On ne tient pas compte de ce qu'il reçoit d'un cohéritier ou d'un tiers à titre de legs, ou *conditionis implendæ causa*. Mais on ajoute à ce qu'il prend à titre d'héritier la valeur des objets qu'il a détournés (4), les fruits qu'il a recueillis d'une chose léguée à terme ou sous condition, mais non ceux qu'il a perçus par suite de la négligence du légataire à faire valoir ses droits (5). Cette deuxième opération terminée, on examine si le résultat obtenu est inférieur ou supérieur à celui de la première : si l'actif net qui reste à l'héritier est inférieur au quart de l'actif net de la succession, la loi Falcidie est applicable; dans le cas contraire, les légataires n'ont rien à craindre.

La règle qui vient d'être posée pour le calcul de la quarte ne doit pas être prise dans un sens absolu. Il n'est pas rigoureusement exact de dire que tout s'apprécie au jour du décès : les événements postérieurs peuvent nuire ou profiter à l'héritier (6). Les légataires profitent également de l'enrichissement d'un débiteur insolvable : la créance aura, au jour de la vente, une valeur plus grande qu'au jour du décès. Il en serait de même d'une créance conditionnelle, si la modalité se réalise avant que l'on en calcule la valeur. Quant au pécule des esclaves, Julien est d'avis de l'apprécier au moment de l'adition (7).

La règle sur le calcul de la quarte subit une autre modification lorsqu'un héritier recueille plusieurs parts héréditaires, par

(1) Ulp., 8 Disp., D., XXXV, 2, 82.

(2) Jul., *eod.*, 87, 2; Gaius, *eod.*, 72; Paul, *eod.*, 1, 19 ; cf. Marcel., 2.

(3) Dans l'évaluation des charges, le montant des legs à terme est diminué de l'*interusurium;* la valeur des prestations viagères est calculée d'après la durée présumée de la vie du légataire, conformément aux tables de mortalité (Ulp., ap. Marc., 2 ad l. vices., *eod.*, 68 pr.). Pour les legs conditionnels, Proculus avait proposé de les estimer d'après leur valeur vénale; dans l'opinion qui a prévalu, on n'en tient pas compte provisoirement, mais l'on fait prendre aux autres légataires l'engagement de payer au légataire conditionnel ce qui doit lui revenir, en cas de réalisation de la condition (ap. Paul, 69 ad Ed., *eod.*, 45, 1).

(4) Gaius, D., XXXV, 2, 74 ; 76 pr.; Marc., *eod.*, 91 ; Paul, *eod.*, 24.

(5) Ulp., D., XXXVI, 1, 22, 2; Afr., D., XXXV, 2, 88, 3; Pap., 15, 6; Paul, 24, 1.

(6) Mæcianus en donne de nombreux exemples (8 Fideic., *eod.*, 30 pr.).

(7) Jul., *eod.*, 83. Son annotateur Marcellus est d'un avis opposé, mais il reconnaît que l'opinion contraire est dominante (22 Dig., *eod.*, 56 pr., 1).

voie d'accroissement : on considère ces parts comme n'en formant qu'une, lorsqu'il s'agit des legs mis à la charge de l'héritier qui recueille la succession, mais non pour les legs mis à la charge du cohéritier défaillant. Par suite, la masse à diviser par 4 est plus forte, et les legs ont plus de chances d'échapper à toute réduction, lorsqu'ils incombent à l'héritier qui profite du droit d'accroissement. La même distinction s'applique, d'après Paul (1), au cas où un héritier institué pour une part recueille une autre part comme substitué (2).

§4. Lorsque l'héritier n'a pas le quart auquel il a droit d'après la loi Falcidie, tous les legs sont réduits proportionnellement, à moins que le testateur n'ait fixé un ordre à suivre pour la réduction. La réduction a lieu de plein droit (3). Si l'une des choses léguées est indivisible, le légataire doit payer à l'héritier l'estimation de la part qui aurait dû lui être enlevée, sinon l'héritier écartera la demande du légataire par l'exception de dol. Si le légataire était en possession lors du décès, l'héritier peut demander la restitution de l'objet ou le revendiquer pour partie. Si par erreur un legs sujet à réduction a été payé intégralement, l'héritier peut répéter l'excédent (4). S'il y a doute sur le point de savoir si un legs dépasse la quarte, l'Edit (5) prescrit au légataire de s'engager sous caution à restituer l'excédent (6).

§ 5. L'application de la loi Falcidie a été écartée dans un petit nombre de cas : par la loi, pour le cas où un mari lègue à sa femme les objets affectés à son usage personnel (7) ; par la jurisprudence, pour les legs qui ne diminuent pas la succession, comme le *legatum debiti* ou le legs de la dot ; par les constitutions impériales, pour les legs contenus dans un testament militaire (8). A l'inverse, la loi Falcidie a été étendue aux fidéicommis par le Sc. Pégasien, aux donations à cause de mort par S. Sévère, aux donations entre époux par Caracalla (9).

(1) Gaius, 3 ad Ed. pr., *eod.*, 78; Paul., *eod.*, 1, 13.

(2) Julien (61 Dig., *eod.*, 87, 4, première phrase) donne une décision différente au cas où le testateur institue pour parts égales son fils impubère et Titius, et substitue Titius à son fils. On a fait de vaines tentatives pour concilier ces deux textes. Julien partageait l'opinion générale en cas d'accroissement (arg. Ulp., 18 ad l. Jul. et Pap., D., XXXI, 61, 1) ; c'est aussi une opinion générale qu'il enseigne dans le cas précité : *Placuit*. Il faut donc admettre que ce cas était soumis à une règle spéciale, motivée sans doute par la présence de l'impubère.

(3) T. I[er], 553, 3. Afr., 5 Quæst., *h. t.*, 88, 2; Gaius, *eod.*, 73, 5.

(4) Gaius, *eod.*, 80, 1; Scæv., 5 Resp., *eod.*, 26 pr.; Gord., C., VI, 50, 9.

(5) Cet édit était connu des *Veteres* (Pomp., 2 fid., D., XXXV, 2, 31).

(6) Ulp., 9 ad Ed., D., XXXV, 3, 3, 1; 1 pr. ; Paul, D., XXXV, 2, 1, 16.

(7) Gaius, *eod.*, 81, 2; Sab., ap. Ulp., D., XXXII, 45.

(8) Gaius, *loc. cit.*, 81, 1; D., XXIX, 1, 17, 1; Alex., C., VI, 50, 7.

(9) Gaius, II, 254; C., VIII, 56, 2; Ulp., D., XXIV, 1, 32, 1.

IV. Acquisition des legs. — § 1er. *Dies cedens.* — L'acquisition des legs se fait en deux temps (I, 550). Le droit au legs se fixe sur la tête du légataire, sa consistance s'apprécie au jour du décès du testateur, ou, depuis la loi Papia Poppæa, au jour de l'ouverture du testament (1) : c'est le *dies cedens*. Le légataire acquiert non pas un droit qui compte dans son patrimoine, mais une espérance qu'il transmettra, s'il y a lieu, à ses héritiers.

Cette règle est écartée dans deux cas : 1° pour les legs d'usufruit ou d'habitation, parce que ces droits étant intransmissibles, on n'a aucun intérêt à anticiper l'ouverture du droit, à séparer le *dies cedens* du *dies veniens* (2) ; 2° pour les legs conditionnels (3), parce que le testateur a manifesté sa volonté de suspendre l'effet de sa disposition et par suite d'exclure les héritiers du légataire jusqu'à l'événement de la condition. Il est à remarquer que la condition accomplie ne produit sûrement pas ici un effet rétroactif (p. 365, 7); la rétroactivité est incompatible avec le caractère des actes à cause de mort; ces actes visent l'avenir et non le présent (4). Le legs conditionnel, intransmissible activement, produit cependant *pendente conditione*, une obligation transmissible passivement : si l'héritier meurt et que la condition se réalise, le légataire a le droit de réclamer le legs aux héritiers du grevé (5).

On assimile au legs conditionnel le legs fait sous un terme incertain. Un terme peut être incertain de deux manières : d'une manière absolue, lorsqu'on ignore si et quand il arrivera, par exemple, lorsque Titius sera pubère (6) ; d'une manière relative, lorsqu'on ignore seulement la date, par exemple, lorsque Titius mourra. La règle s'applique sans difficulté au premier cas, car ici le terme incertain renferme une véritable condition. Elle s'applique également au second cas, mais seulement si le legs est fait *cum heres morietur* (7). Si le legs est fait *cum legatarius morietur*, le terme incertain est traité comme un terme ordinaire, le legs n'est pas conditionnel (8). Cette distinction s'explique aisément en théorie : dire que le légataire aura 100 *cum heres*

(1) Ulp., XXIV, 31.
(2) Sab., ap. Ulp., 20 ad Sab., D., XXXVI, 2, 5, 1 ; Ulp., *eod.*, 3 ; 9.
(3) Ulp., 20 ad Sab., *eod.*, 5, 2.
(4) Si par exemple un legs *p. d.* est fait à un fils de famille ou à un esclave qui est passé sous la puissance d'un autre chef entre le décès du testateur et l'événement de la condition, ce legs profitera au *paterfamilias* actuel et non à celui qui avait la puissance lors du décès (Ulp., *eod.*, 14, 3. Cf. Bufnoir, p. 330-338).
(5) Paul, 62 ad Ed., D., XXXV, 1, 65.
(6) Paul, 2 ad Vitell., D., XXXVI, 2, 21 pr.
(7) Pompon., 3 ad Q. Muc., D., XXXV, 1, 1, 2. Cf. p. 591, 2.
(8) Ulp., D., XXXVI, 2, 4 pr. ; 1 ; Papin., D., XXXV, 1, 79 pr., 1.

morietur, c'est subordonner le legs à la survie du légataire; il y a donc ici une véritable condition. Si au contraire je lègue 100 à Titius pour le jour de sa mort, il n'y a plus rien de conditionnel; l'incertitude ne porte que sur la date de son décès (1).

§ 2. *Dies veniens.* — L'acquisition du legs devient définitive au plus tôt lors de l'adition de l'hérédité : c'est le *dies veniens* (2). Elle peut être retardée par un terme ou par une condition (3).

L'acceptation est irrévocable et doit avoir lieu pour le tout. Mais si le légataire est mort laissant plusieurs héritiers, chacun d'eux peut, en ce qui le concerne, prendre le parti qu'il veut. Le légataire à qui l'on a fait deux legs distincts peut également accepter l'un et répudier l'autre, à moins que l'un d'eux ne soit grevé d'une charge (4). Le légataire qui renonce est censé n'avoir jamais acquis l'objet légué ; cet objet sera réputé avoir toujours appartenu à l'héritier (5).

V. Droits du légataire. — § 1er. *Revendication ; action* ex testamento. — Au début de l'Empire comme sous la République, la nature du droit acquis au légataire dépend de la forme du legs. Le legs *p. v.* confère un droit réel sanctionné par la revendication ; le legs *p. d.* et le legs *sinendi modo* confèrent un droit de créance sanctionné par l'action *ex testamento* (I, 307, 2 ; 545 ; 685). Depuis le Sc. Néronien, on admet qu'on pourra, toutes les fois qu'on y aura avantage, transformer en legs *p. d.* tout autre legs valablement fait. Un légataire *p. v.* peut donc exercer à son

(1) En pratique, cette distinction aboutit à un résultat peu satisfaisant : elle tend à rendre le legs caduc lorsqu'il y a chance que le légataire n'ait pas de son vivant la faculté de se mettre en possession de l'objet légué. Mais il peut en être de même dans un legs à terme certain : le légataire peut mourir avant l'échéance. Aussi paraît-il probable que cette distinction remonte à l'époque où l'on s'attachait étroitement aux formules employées par le testateur. Il a paru difficile d'interpréter comme un terme ordinaire une clause qui imposerait à un moribond l'obligation de faire un payement ; on a préféré lui attribuer un sens plus raisonnable : on l'a considérée comme exprimant la volonté de subordonner le legs à la survie du légataire.

(2) L'acquisition du legs *p. v.* est-elle subordonnée à la volonté du légataire? Comme pour l'hérédité, les Proculiens exigent l'acceptation du légataire : analogie contestable, car l'acquisition n'entraîne pas ici de charge corrélative. Aussi les Sabiniens admettent-ils l'acquisition de plein droit, même à l'insu du légataire, en lui réservant cependant le droit de refuser la libéralité qui lui est faite (Gaius, II, 195). La déclaration ne peut avoir lieu qu'après l'adition d'hérédité si le legs est pur et simple ; dans le cas contraire, après l'arrivée du terme ou de la condition (Pomp., D., XXXI, 45, 1).

(3) Le legs comporte les modalités suspensives et, depuis Justinien (C., VI, 37, 26), les modalités extinctives. Les règles sur les conditions apposées à un legs sont analogues à celles qui s'appliquent aux institutions (p. 590).

(4) Paul, 8 ad Plaut., D., XXXI, 4; 7 Quæst., *eod.*, 5; Pomp., XXX, 38 pr.

(5) Ulp., D., XXX, 44, 1 ; cf. D., XXXVIII, 5, 1, 16 ; Marc., D., XXXIV, 5, 15. C'est un autre avantage de la doctrine des Sabiniens. Les Proculiens considèrent l'objet légué comme *res nullius* tant que le légataire n'a pas accepté. La question présente un autre intérêt pratique en cas de legs conditionnel. Cf. t. Ier, 545, 3.

choix l'action personnelle *ex testamento* ou la revendication (1). L'action réelle peut être écartée, soit par les créanciers de la succession, grâce à la séparation des patrimoines, soit à la demande de l'héritier pour sauvegarder le droit à la quarte.

Le légataire qui a fait reconnaître son droit doit demander à l'héritier la délivrance du legs : il ne peut sans son assentiment se mettre en possession. Le Préteur protège le *bonorum possessor* contre les actes d'usurpation commis par des tiers qui s'emparent de biens héréditaires *pro legato;* il lui accorde l'interdit *quod legatorum* (p. 649) (2). — Jusqu'à la délivrance, l'héritier doit conserver la chose léguée; il lui doit les soins d'un bon père de famille. Par exception, s'il ne retire aucun profit de l'hérédité, il n'est tenu que du dol ou de la faute lourde : telle est la doctrine qui a prévalu; anciennement, l'héritier, débiteur d'un corps certain, ne répondait que de son fait actif ou de sa demeure (3). — L'héritier qui a fait des dépenses pour la conservation de la chose a le droit de la retenir tant qu'il n'est pas indemnisé (4).

§ 2. *Garanties accordées au légataire* per damnationem. — Le légataire *p. d.*, n'ayant qu'un droit de créance, est exposé aux risques résultant de l'insolvabilité de l'héritier (5). Cette insolvabilité peut être actuelle ou future. La jurisprudence a protégé le légataire contre l'insolvabilité actuelle de l'héritier, en lui accordant le bénéfice de la séparation des patrimoines (p. 633, 7). Le Préteur le protège contre l'insolvabilité future par la *cautio legatorum*. A partir du IIIe siècle, on permit au testateur de conférer au légataire une sorte d'hypothèque (p. 309).

Tout légataire, dont le droit ne peut être immédiatement ramené à exécution par suite d'un terme, d'une condition ou d'un retard quelconque provenant du fait de l'héritier (6), peut exiger de l'héritier une promesse personnelle garantie par des cautions (7). Ce n'est pas là d'ailleurs une règle d'ordre public :

(1) Jul., D., XXX, 84, 13; Paul, *eod.*, 85; Afr., *eod.*, 108, 2.

(2) Ulp., 67 ad Ed., D., XLIII, 3, 1, 2 : *Æquissimum Prætori visum est unum quemque non sibi ipsum jus dicere occupatis legatis.* Cet interdit est-il réservé au *bonorum possessor?* Lenel (*E. P.*, 362) invoque en ce sens *Vat fr.*, 90; Paul, 63 ad Ed., D., XLIII, 3, 2, 1; il considère comme interpolés les textes qui attribuent cet interdit à l'héritier. Il nous semble cependant difficile d'admettre une interpolation dans Dioclétien (C., VIII, 3, 1, 1) qui statue *secundum sententiam interdicti quod adversus legatarios scriptis heredibus propositum est.* Cf. Voigt, *Rg.*, II, 840.

(3) P. 568, 5. Pomp., D., XXX, 26, 1; Ulp., *eod.*, 44, 2 et 4; 59.

(4) Jul., 39 Dig., D., XXX, 60; Pap., 9 Resp., *eod.*, 58.

(5) Seul le légataire de libération n'a rien à craindre, *quia habet penes se legatum* (Ulp., 52 ad Ed., D., XXXVI, 4, 1, 2).

(6) Ulp., D., XXXVI, 4, 1, 4; 2; Paul, D., XXXVI, 3, 15 pr.

(7) Ulp., D., XXXVI, 3, 1 pr.; resc. Pii, ap. Ulp., D., XXXVI, 4, 3, 3.

le testateur peut dispenser l'héritier de fournir caution (1). L'édit du Préteur remonte au temps de la République. Lorsque les fidéicommis devinrent obligatoires, la jurisprudence étendit au fidéicommissaire le bénéfice de la *cautio legatorum* (2).

Si l'héritier refuse de se conformer à l'Édit, le Préteur rend un décret d'envoi en possession au profit du légataire, si minime que soit la valeur du legs (3). C'est la *missio legatorum servandorum causa*. En cas de résistance, elle est sanctionnée par un interdit (4). Le légataire acquiert la détention des biens héréditaires; il en a la garde et la surveillance (5). Il peut même, en certains cas, prélever sur les biens ce qui est nécessaire à sa nourriture : cette faveur appartient à la fille, petite-fille ou arrière-petite-fille du testateur, ainsi qu'à sa femme, lorsqu'elles ne sont pas mariées et n'ont pas de biens personnels (6).

Caracalla fortifia le droit du légataire en l'autorisant à demander l'envoi en possession des biens propres du débiteur si, dans les six mois de la demande en justice, le legs n'a pas été payé. Le légataire a le droit de percevoir les fruits jusqu'à concurrence du montant de sa créance (7).

VI. Objet des legs. — Un legs peut avoir pour objet, soit la propriété d'un corps certain, d'une chose à choisir parmi plusieurs autres, ou d'un genre (8) ; soit un droit réel sur la chose d'autrui, une créance ou une dette, une *universitas juris* (9). Il confère souvent un droit viager.

§ 1er. *Legs d'un corps certain.* — Le legs d'un corps certain peut s'appliquer à un objet appartenant au testateur, à l'héritier ou à un tiers. Si l'objet est au testateur, il doit être livré dans l'état

(1) Marc., *h. t.*, 12 : *Remitti talem cautionem jure publico placuit;* cf. M. Aur., C., VI, 54, 2 et 7. Zénon dispensa les père et mère, frères ou sœurs, de fournir caution (C., VI, 59, 6). Le fisc en fut de tout temps dispensé (Ulp., 1, 18).

(2) Ofil., ap. Ulp., D., XXXVI, 3, 1, 15; Ulp., *eod.*, 14 pr.

(3) Callistr., 3 ed. monit., D., XXXVI, 4, 13.

(4) Ulp., 52 ad Ed., *eod.*, 5, 27. Cf. p. 725, 3.

(5) Ulp., 52 ad Ed., D., XXXVI, 4, 5 pr., 6; 5, 22.

(6) Lab., 2 Poster, *eod*, 14.

(7) Ulp., 52 ad Ed., *eod.*, 5, 16 et 21.

(8) Le légataire évincé a-t-il un recours contre l'héritier? Si l'objet légué est un corps certain, l'héritier est libéré en le délivrant tel qu'il est (Pomp., 5 ad Sab., D., XXX, 45, 2). Si c'est une chose *in genere*, il reste tenu envers le légataire, car il n'a pas rempli son obligation de transférer la propriété (Lab., 2 Post., D., XXXII, 29, 3). Cf. sur ces textes, p. 682, 8.

(9) Tel est le legs partiaire dont l'origine historique et les effets ont été indiqués t. Ier, 554, 1-4; le legs de pécule (p. 131, 6). L'exécution de ce legs présente une difficulté quant aux créances et aux dettes qui ne se transmettent pas à titre particulier : l'héritier doit promettre au légataire de lui céder ses actions ; le légataire, promettre à l'héritier de lui rembourser le montant des dettes qu'il acquittera (Cæcil., Peg., ap. Ulp., D., XV, 2, 1, 7 ; Paul, D., XXXIII, 8, 5; Marc., *eod.*, 18).

où il est lors du *dies cedens* : le légataire peut donc recevoir plus ou moins qu'il n'était dans la pensée du testateur de lui donner lors de la confection du testament ; il profite des accroissements et améliorations (1) ; il souffre des diminutions et détériorations postérieures. Son droit peut même s'éteindre, si la chose a été transformée (2). Même règle pour le legs d'une *universitas rerum*, comme un troupeau (3).

Le *legs de la chose d'autrui* n'est valable que si le testateur a su que la chose était à autrui (4) : l'héritier doit acquérir la chose pour la remettre au légataire ; s'il n'y parvient pas, il doit lui en payer la valeur (5). Si le testateur a ignoré que la chose fût à autrui (6), l'héritier n'est pas tenu d'acheter la chose : on n'a pas voulu lui imposer une charge dont le testateur n'a pas mesuré la portée. Cette distinction ne s'applique pas lorsque la chose léguée appartient à l'héritier, car ici le grevé n'a pas à se procurer la chose. Par exception, le legs de la chose d'autrui est valable, même en cas d'erreur, s'il est fait à un des proches du testateur ou à sa femme (7) : on présume que le testateur n'aurait pas hésité à imposer cette charge à son héritier, quelque lourde qu'elle pût être.

§ 2. *Legs d'option.* — Le testateur peut léguer le choix entre plusieurs objets déterminés (legs d'option) ou un objet à prendre dans la succession parmi plusieurs autres d'une même espèce, par exemple un de ses esclaves. Dans les deux cas, le légataire doit faire un choix, mais, dans le premier seulement, ce choix lui est imposé par une clause expresse : *optato, elegito* (8) ; aussi

(1) Jav., D., XXXI, 39 ; Pomp., D., XXXII, 16 ; XXX, 24, 2.
(2) Pomp., D., XXX, 8 pr. ; Florent., *eod.*, 116, 4 ; Marcel., D., XXXIV, 2, 6, 1.
(3) Jul., ap. Inst., II, 20, 18.
(4) Anciennement, on ne se préoccupait pas de l'intention du testateur : la validité du legs de la chose d'autrui dépendait de la formule employée. Fait *per damnationem*, le legs était valable ; il était nul, s'il avait eu lieu *per vindicationem*. Depuis le Sc. Néronien, le choix de la formule est indifférent ; on a dû rechercher l'intention du testateur. D'après C. civ. 1021, ce legs est toujours nul.
(5) Ulp., 21 ad Sab., D., XXX, 39, 7 ; Inst., II, 20, 4.
(6) A qui incombe le fardeau de la preuve ? A l'héritier ou au légataire ? Le legs est-il présumé valable ou nul jusqu'à preuve contraire ? La première solution est celle de Neratius : l'héritier écartera la demande du légataire par une exception de dol en prouvant que le testateur croyait que la chose était à lui (Pap., 19 Quæst., D., XXXI, 67, 8). L'opinion contraire de Marcien (6 Inst., D., XXII, 3, 21) a été consacrée par Justinien (Inst., II, 20, 4) : le légataire doit prouver que le testateur savait que la chose n'était pas à lui. Tant que cette preuve n'est pas faite, on présume que le testateur a choisi la formule *per vindicationem* parce qu'il se croyait propriétaire de la chose. Cette solution a été étendue au legs *per damnationem* bien qu'il n'y eût pas même raison de décider. On a transformé dans tous les cas la question de droit en une question de fait. Cf. Gérardin, *Nouv. Rev. hist.*, XI, 718.
(7) Alex., C., VI, 37, 10.
(8) T. Ier, p. 303 ; Ulp., XXIV, 16.

ce legs s'interprète-t-il à la lettre : le légataire seul peut exercer le choix. Dans le second cas, ses héritiers peuvent l'exercer à sa place (1). Cette règle aurait pu donner lieu à des abus ; en tardant à faire un choix, le légataire mettait l'héritier dans l'impossibilité de disposer d'aucun des objets désignés par le testateur : dans l'usage le magistrat fixait un délai, passé lequel, le légataire se voyait refuser toute action en justice. Le choix, une fois fait, est irrévocable (2).

§ 3. *Legs de genre.* — Le legs d'une chose déterminée seulement dans son genre (*genus*), comme une somme d'argent, un esclave, ne présente pas ces inconvénients, lorsqu'il est fait *per damnationem :* le choix appartient à l'héritier. Il en est autrement, si le legs a été fait *per vindicationem* (3). Cette distinction s'explique aisément : le legs *p. v.* transfère la propriété; c'est donc au légataire à indiquer l'objet de son droit.

§ 4. *Legs de créance* (legatum nominis). — Le testateur peut léguer une de ses créances aussi bien qu'un des objets corporels qui lui appartiennent. Mais ici le légataire ne devient pas créancier, car les créances ne se transmettent pas à titre particulier (p. 539, 5) ; le légataire acquiert seulement le droit de demander à l'héritier la cession de ses actions ; plus tard, on lui accorda à titre d'actions utiles les actions du créancier (4). Le légataire a droit aux intérêts aussi bien qu'au capital (5). L'héritier n'est responsable ni de l'existence de la créance (6), ni de la solvabilité du débiteur (7).

§ 5. *Legs de libération.* — On ne peut léguer à un propriétaire sa propre chose (I, 554, 6), mais on peut léguer à un débiteur ce qu'il doit, bien qu'il en soit propriétaire (8). Le premier legs ne lui procure aucun avantage; le second le dispense d'aliéner à titre de payement l'objet de la dette (9) : c'est un legs de libération. Ce legs n'éteint pas directement la créance, car le legs n'est pas un mode d'extinction des obligations, mais il confère au légataire le droit soit de repousser par une exception la pour-

(1) Ulp., 23 ad Sab., D., XXXVI, 2, 12, 7. Cf. p. 861.
(2) Jav., D., XXXIII, 5, 14; Pomp., *eod.*, 6 et 8 pr.; Aufid., ap. Lab., *eod.*, 20.
(3) Ulp., XXIV, 14. Même distinction pour le legs fait sous une alternative (Jul., ap. Pomp., D., XXXI, 11, 1; Ulp., D., XXX, 34, 14).
(4) Jul., 1 ex Min., D., XXX, 105. Cf. p. 542, 5.
(5) Scæv., 16 Dig., D., XXXII, 34 pr.
(6) Ulp., D., XXX, 75, 1; cf. Afr., D., XXXII, 64; Ulp., *eod.*, 11, 13.
(7) Paul, 17 Quæst., D, XXXV, 2, 22, 4. Cf. p. 543, 2.
(8) Ulp., 21 ad Sab., D., XXXIV, 3, 1 pr.
(9) Anciennement le testateur léguait au débiteur la somme nécessaire pour acquitter sa dette : *Heres meus centum quod mihi Titius debet, damnas esto ei dare* (Paul, 10 Quæst., *eod.*, 25). Cf. Vangerow, II, 543.

suite de l'héritier, soit d'agir *ex testamento* contre lui pour obtenir l'acceptilation de la dette (1). Peu importe que le légataire soit le débiteur du testateur, de l'héritier ou d'un tiers (2).

§ 6. *Legs d'une dette* (legatum debiti). — Un débiteur lègue à son créancier ce qu'il lui doit : en principe, ce legs est inutile, car il ne constitue pas une libéralité pour le créancier (3). Si, par exception, il lui confère quelque avantage, il est valable : tel serait le legs pur et simple d'une dette à terme ou conditionnelle (*propter repræsentationem*). Le legs reste valable alors même que le terme ou la condition se réaliserait du vivant du testateur (4) : l'intention libérale subsiste. Le *legatum debiti* est nul quand il n'y a pas de dette, à moins que le testateur n'ait indiqué un objet ou une somme représentant cette dette (p. 657, 4).

Le *legatum debiti* servait parfois à déguiser une libéralité que l'on voulait faire à un incapable ou qu'on n'osait avouer (5). L'une de ses applications principales fut la *relegatio dotis* (p. 113).

§ 7. *Legs de droits viagers.* — 1° *Legs d'usufruit.* — Ce legs, qui fut usité dès le temps de la République, a pour objet soit un corps certain, soit tout ou partie des biens du testateur. Dans ce dernier cas, l'héritier peut, à son choix, livrer les choses mêmes ou leur estimation (6).

Le legs d'usufruit est soumis à des règles particulières : 1° Quant à son *dies cedens* qui n'est pas séparé du *dies veniens;* 2° Quant au droit d'accroissement (p. 662, 2; 672, 1).

Le legs d'usufruit est souvent fait *in menses vel in dies vel in annos singulos*. Dans ce cas, il y a, non plus un legs unique, mais une série de legs ayant chacun un *dies cedens* distinct (7). Ces clauses ont pour but de diminuer les chances d'extinction de l'usufruit par la *capitis deminutio* ou par le non-usage (p. 75, 2).

2° *Legs de rente viagère* (annua legata). — Ce legs a pour objet une prestation qui doit être effectuée chaque année, pendant la vie du légataire, par exemple, *quoad vivet X aureos*. Ce

(1) P. 529, 7. Si le légataire est un codébiteur solidaire non associé, il devra se contenter d'un pacte de remise pour conserver à l'héritier le droit d'agir contre celui des codébiteurs que le testateur n'a pas entendu libérer (p. 531, 6).

(2) Pomp., 6 ad Sab., *eod.*, 8 pr.; Pap., 8 Resp., *eod.*, 24.

(3) Paul, D., XXXV, 2, 1; 10. Voir cep. Marcel., D., XXX, 28, 1.

(4) C'est l'opinion de Papinien (8 Resp., D., XXXV, 2, 5) qui a prévalu (Inst., II, 20, 14; cf. Paul, 10 Quæst., D., XXX, 82 pr.).

(5) Scæv., D., XXII, 3, 27; XXXII, 37, 6; Val., Max. VIII, 2, 2.

(6) P. 282, 3. Cic., *p. Cæc.*, 4; Scæv., D., XXXIII, 2, 32, 1 et 8; 37. Cf. p. 274, 5; 281, 7.

(7) Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 3, 1 pr. Il en est de même du legs fait à deux personnes *alternis diebus* (Marcel., *ibid.*), ou *annis* (Pap., D., VII, 4, 2 pr.).

legs ressemble à l'usufruit en ce qu'il finit à la mort du légataire. Il en diffère en ce qu'il ne s'éteint pas par la *capitis deminutio*, en ce que l'héritier du légataire, mort au début d'une année, profite du legs de cette année (1), tandis que l'héritier d'un usufruitier n'aurait pas droit aux fruits non encore perçus (2).

Bien différent est le legs d'un capital à payer par annuités pour alléger la charge de l'héritier. Ce legs reste soumis à la règle générale : le *dies cedens* se place à la mort du testateur; si le légataire survit à cette époque, le droit aux annuités non échues se transmet aux héritiers (3).

3° *Legs d'aliments.* — Ce legs a pour but de subvenir à l'entretien du légataire. Il est réputé viager, même s'il est fait à un enfant (4). Ce n'est pas la seule faveur accordée au légataire d'aliments : il n'est pas soumis à la réduction d'après la loi Falcidie (5) ; il peut être fait au profit d'un condamné *in metallum* (6) ; la transaction sur un legs d'aliments n'est valable qu'avec l'*auctoritas* du Préteur (7).

VII. Des charges imposées aux légataires. — Un legs est souvent grevé d'une charge au profit d'un particulier ou d'une personne juridique (temple ou cité) : c'est un legs *sub modo*. Le bénéficiaire n'est pas assimilé à un légataire ; il n'a pas le droit d'agir en justice en vertu du testament, car il est de principe qu'un legs ne peut être imposé qu'à l'héritier. Mais il appartient au magistrat d'assurer l'exécution des volontés du testateur. Deux procédés sont possibles : 1° refuser toute action au légataire pour obtenir la délivrance de son legs tant qu'il n'aura pas promis sous caution d'exécuter la charge qui lui est imposée. On peut aussi accorder à l'héritier une exception de dol pour écarter la poursuite du légataire : c'est agir contre la bonne foi que de ne pas se conformer à la volonté de celui qui nous a gra-

(1) P. 369, 8; 370, 1. Les *Veteres* s'étaient demandés si le *dies cedens* ne devait pas se placer plutôt à la fin de chaque année : l'opinion contraire prévalut (Lab., Sab., Cels., Cass., ap. Ulp., 23 ad Sab., D., XXXVI, 2, 12, 1).

(2) Mod., D., XXXIII, 1, 5; Gaius, *eod.*, 3. L'objet du legs peut varier à chaque annuité (Jul., D., XXXVI, 2, 11).

(3) Jul., 30 Dig., ap. Marc., 6 Inst., *eod.*, 20; Pap., *eod.*, 26, 2.

(4) Ulp., 2 Fid., D., XXXIV, 1, 14 pr. Mela avait émis un avis plus sage : le legs fait à un enfant n'était dû que jusqu'à la puberté. Son opinion n'a pas prévalu, à moins d'intention contraire du testateur. S'il est fait jusqu'à la puberté, il dure jusqu'à dix-huit ans pour les garçons, quatorze ans pour les filles, d'après un règlement spécial d'Hadrien, confirmé par Caracalla (Ulp., *eod.*, 14, 1).

(5) Scæv., 4 Resp., D., XXXV, 2, 25, 1. La fin du texte est interpolée.

(6) Paul, 10 Quæst., D., XXXIV, 1, 11.

(7) M. Aur., ap. Ulp., 5 de omn. trib., D., II, 15, 8 pr. Le Préteur doit faire une enquête *de causa*, *de modo*, *de persona* (*ibid.*, 8, § 8, 17 et 23). Cf. p. 888, 3.

tifiés (1); 2° user de contrainte envers le légataire par les moyens dont le magistrat dispose : amende, saisie d'un gage (2). — Pour prévenir toute difficulté, le testateur avait un moyen très simple d'assurer l'exécution du *modus*, c'était d'en faire une condition du legs : le droit du légataire ne prenait naissance qu'au moment de la réalisation de la condition (3).

VIII. DE L'ACCROISSEMENT DANS LES LEGS. — Une même chose peut être léguée à plusieurs soit conjointement, soit avec un ordre de préférence. L'accroissement trouve son application dans le premier cas, la substitution dans le second; nous ne nous occuperons que de l'accroissement (4). En principe, le défaut du légataire profite au grevé (5). Mais lorsqu'une même chose a été léguée à plusieurs, la part du défaillant profite à ses colégataires, en vertu du droit d'accroissement; elle profite même à l'héritier d'un colégataire qui avait recueilli sa part : l'accroissement a lieu *portionis portioni* (6).

Le droit d'accroissement a pour fondement la volonté du testateur. Il s'applique toutes les fois qu'il est prouvé que le testateur a donné aux colégataires une vocation éventuelle à la totalité de l'objet légué. Si cette preuve ne résulte pas directement des dispositions du testament, il y a lieu de rechercher quelle a été la pensée de son auteur. Voici les règles d'interprétation posées par la jurisprudence :

1° Dans les legs translatifs de propriété (*per vindicationem* ou *per præceptionem*), l'accroissement a toujours lieu. Chacun des colégataires est réputé avoir reçu vocation au tout; peu importe qu'il soit désigné dans la même phrase (*conjunctim*) ou, ce qui est plus fréquent, dans des phrases séparées (*disjunctim*) (7).

2° Dans les legs de créance (*per damnationem* ou *sinendi modo*), l'accroissement n'a jamais lieu. Chacun des colégataires est réputé avoir une créance distincte : c'est l'application de la règle générale en matière d'obligations, l'héritier est tenu envers les colléga-

(1) TREB., LAB., PROC., ap. JAV., 2 Post., D., XXXV, 1, 40; 5; JUL., 62 Dig., D., XL, 5, 48. En cela le *modus* se rapproche du fidéicommis (GORD., C., VI, 45, 2).

(2) ULP., D., L, 10, 5 : *compellere*.

(3) Tel est le cas d'un legs de liberté fait à un esclave à charge de payer une certaine somme à l'héritier (*statuliber*) (JUL., 62 Dig., D., XXVIII, 5, 38, 1). Nombreux exemples dans PERNICE (*Labeo*, III, 40). Le testateur pouvait aussi imposer une amende au profit d'une cité ou d'un temple (*C. I. L.*, II, 4514; XI, 1436).

(4) Pour les substitutions, cf. MARCEL., 28 Dig., D., XXXI, 51 pr.; PAP., 8 Resp., *eod.*, 77, 13; CARAC., C., VI, 37, 6.

(5) JUL., ap. ULP., D., XXXI, 60; MARCEL., 10 Dig., *eod.*, 17 pr.

(6) JUL., 82 Dig., D., XXXV, 1, 26, 1.

(7) CELS., 35 Dig., D., XXXII, 80 : *Conjunctim legari hoc est... tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri;* GAIUS, II, 199, 223; ULP., XXIV, 12.

taires, comme s'il était leur débiteur en vertu d'un contrat (1). Cette créance porte soit sur une part de la chose, si le legs est fait *conjunctim*, soit sur la chose tout entière, s'il est fait *disjunctim*. Dans le premier cas, l'héritier doit à chaque colégataire une part de la chose; dans le second, il lui doit la chose même ou un équivalent pécuniaire (2). Si l'un des colégataires fait défaut, la charge de l'héritier est allégée (3).

Les règles sur l'accroissement ont été modifiées par les lois caducaires : 1° la part du colégataire défaillant est réputée caduque et attribuée de préférence aux colégataires conjoints qui ont des enfants, sans distinguer entre le legs de propriété et le legs de créance (4). Sont colégataires conjoints ceux qui ont été réunis dans une même phrase du testament (*conjunctio re et verbis* ou *verbis tantum*). Il y eut cependant quelque hésitation pour ceux qui sont appelés à une part distincte (*conjunctio verbis tantum*) ; car c'est ne tenir aucun compte de la volonté du testateur que d'attribuer la part caduque au colégataire. On s'accorda à préférer le colégataire conjoint *re et verbis* à tout autre (5). A défaut de colégataire conjoint ayant des enfants, la part caduque est attribuée aux héritiers qui ont des enfants; subsidiairement, à un légataire gratifié par le même testament et qui a des enfants (6). Aucune préférence n'est accordée au colégataire appelé par une clause séparée à la totalité de la chose léguée (*conjunctus re tantum*); 2° l'accroissement a lieu *cum onere*. Le légataire qui recueille une part caduque est tenu des charges spécialement imposées au défaillant : il est en quelque sorte substitué à son colégataire (7). Autrefois l'accroissement avait lieu *sine onere*, parce que le colégataire recueillait la part vacante en vertu d'un droit propre (8).

Les modifications, apportées au droit d'accroissement par les lois caducaires, n'ont pas été appliquées au legs d'usufruit. Il était impossible d'attribuer ici la part caduque à toute autre personne qu'au colégataire sans dénaturer l'objet du legs : l'usu-

(1) *Vat. fr.*, 85 : *Damnatio partes facit*; cf. Jul., 35 Dig., *eod.*, 87; *Inst.*, III, 27, 5.

(2) Gaius, II, 205. Pour le legs *sinendi modo*, l'héritier était, d'après quelques jurisconsultes, libéré dès que l'un des colégataires avait pris possession de l'objet légué; l'héritier devait *patientiam præstare*, et rien de plus (Gaius, II, 215).

(3) Ulp., XXIV, 13.

(4) Gaius, II, 206-208.

(5) Paul, 6 ad l. Jul. et Pap., D., L, 16, 142; XXXII, 89.

(6) Gaius, II, 208.

(7) Ulp., XVII, 3.

(8) Jul., 1 ex Min., D., XXXV, 1, 30. Il en est autrement lorsque la charge pèse sur le legs tout entier (Jav., 2 ex Cassio, *eod.*, 54, 1).

fruit est tout différent suivant qu'il repose sur une tête ou sur une autre. On a donc continué à appliquer au legs d'usufruit les règles anciennes sur l'accroissement (1).

Le legs d'usufruit présente une autre particularité. L'usufruit étant intransmissible, la part qui devient libre soit par le défaut du colégataire, soit à son décès, soit même parce qu'il l'a perdue par non-usage, profite toujours au colégataire (2), conjoint ou non. Cette particularité a été admise, non sans quelque protestation (3), alors même que ce colégataire aurait perdu sa part, par exemple pour cause de *plus petitio* (4).

CHAPITRE VIII

Fidéicommis.

Le fidéicommis est une disposition à cause de mort, conçue en forme de prière (5), et dont le testateur confie l'exécution à la foi de son héritier. Il le charge de remettre à une personne déterminée, soit un objet particulier, soit l'hérédité tout entière ou une quote-part de l'hérédité. De là deux sortes de fidéicommis : le fidéicommis particulier et le fidéicommis universel.

I. Fidéicommis particulier. — Le fidéicommis particulier fut très anciennement usité : on en trouve l'idée première dans la *familiæ mancipatio*, usitée lorsqu'un testateur était en danger de mort dans l'intervalle de la réunion des comices (I, 296). Après l'introduction du testament *per æs et libram*, cette application perdit sa raison d'être ; on en trouva bientôt une autre : lorsqu'un citoyen voyageant dans les provinces était en danger de mort et désirait compléter le testament qu'il avait rédigé avant son départ, il n'avait que la ressource de prier son héritier d'exécuter ses nouvelles dispositions (6). On employa également les fidéicommis pour gratifier certaines personnes auxquelles la loi avait retiré le droit de recueillir une hérédité ou un legs : les femmes dans le cas prévu par la loi Voconia (7), les Latins Juniens et surtout les pérégrins (8).

(1) Ulp., 17 ad Sab., D., VII, 2, 1 pr. ; Paul, III, 6, 26 ; *Vat. fr.*, 75 et 85.
(2) Plaut., Cels., Jul., *in Vat. fr.*, 77.
(3) Atilicinus, Vindius, *loc. cit.*
(4) Jul., ap. Pap., 17 Quæst., D., VII, 1, 33, 1 ; Paul, D., XLIV, 2, 14, 1 : *Quia ususfructus non portioni sed homini adcrescit*, Ulp., D., VII, 2, 11.
(5) Ulp., XXIV, 1 ; XXV, 1.
(6) Inst., II, 25 pr.
(7) Cic., *De fin.*, II, 17, 18 ; Gaius, II, 274.
(8) Gaius, II, 275, 285 : *Et fere hæc fuit origo fideïcommissorum.*

Ces dispositions n'eurent pendant longtemps aucune valeur juridique. Auguste résolut de leur donner une sanction, soit parce qu'ayant accepté d'en exécuter quelques-unes, il ne voulut pas paraître s'attribuer un privilège ou se prêter à une irrégularité, soit aussi pour mettre un terme à l'indélicatesse de certains héritiers : il chargea les consuls d'assurer l'exécution des fidéicommis. Plus tard, on confia à un préteur spécial (*prætor fideicommissarius*) le soin de statuer *extra ordinem* sur les fidéicommis (1). Cette innovation fut très favorablement accueillie ; elle fit disparaître certaines entraves à la liberté de tester qui n'étaient plus en harmonie avec l'état des mœurs. Elle permit de disposer à cause de mort sans faire de testament, en grevant d'un fidéicommis les héritiers *ab* intestat ; de disposer au profit d'une personne incertaine ou du posthume d'autrui ; d'écarter la règle qui exige l'emploi de la langue latine, qui défend de mettre un legs à la charge d'un légataire, ou celle qui défend de léguer *post mortem heredis*. Enfin et surtout elle ne tarda pas à recevoir une application à laquelle Auguste n'avait pas songé : elle servit à éluder les incapacités établies par les deux lois si impopulaires, Julia et Papia Poppæa (2).

On vit alors les dangers de l'extension si rapide prise par les fidéicommis : c'en était fait de l'observation de ces lois sur lesquelles on comptait pour régénérer le peuple romain, c'en était fait des règles traditionnelles auxquelles les legs étaient soumis si les fidéicommis échappaient à toute réglementation. Trois quarts de siècle s'étaient à peine écoulés que la réaction finit par se produire. Sous Vespasien, le Sénat étendit aux fidéicommis les incapacités qui frappaient les pérégrins (3) et les personnes visées par les lois caducaires ; en même temps, il appliqua aux fidéicommis la loi Falcidie. Un Sc. du temps d'Hadrien annula les fidéicommis faits aux personnes incertaines (4).

Suivant l'impulsion donnée par le Sénat, la jurisprudence appliqua aux fidéicommis les règles de fond admises pour les legs, soit quant aux effets de l'accroissement, soit quant à l'obligation de fournir caution (5), soit quant au droit à l'envoi en possession (6). Mais, pour les règles de forme, elle conserva les simplifications dues à l'institution des fidéicommis ; elle les

(1) Inst., II, 23, 1; Pomp., D., I, 2, 2, 32; *C. I. L.*, XII, 3163.
(2) Gaius, II, 270, 287, 231, 260, 277, 286.
(3) Un Sc. du temps d'Hadrien attribue ce fidéicommis au fisc (Gaius, II, 285).
(4) Gaius, II, 254, 286-287.
(5) Jul., ap. Ulp., D., XXXI, 61, 1 ; Ulp., D., XXXVI, 3, 1 et 14 pr.
(6) Jul., D., XXXVI, 4, 6, 1 ; Ulp., 54 ad Ed., *eod.*, 1, 1.

appliqua même, dans une certaine mesure, aux legs : on put faire un legs par un codicille confirmé (p. 652). La tendance fut de rapprocher de plus en plus les fidéicommis et les legs. Au temps de Gaius, certains jurisconsultes traitaient le fidéicommis comme un legs *per damnationem* quant aux choses qui en faisaient l'objet (1) ; d'autres assimilaient le legs *sinendi modo* à un fidéicommis quant aux intérêts et aux fruits dus lorsque le grevé était en demeure (2). A d'autres égards, il subsista jusqu'à Justinien de nombreuses différences (3).

Comme les legs, les fidéicommis peuvent être faits au profit de plusieurs personnes, soit conjointement, soit successivement : l'une des applications les plus originales de ce dernier cas, c'est le *fidéicommis de famille.* Ce fidéicommis est fait au profit des membres de la famille que le testateur a désignés (agnats ou cognats), ou des affranchis (4). A leur mort, le fidéicommis passe à leurs enfants; s'ils meurent sans postérité, on appelle les personnes qui portent le nom du défunt à l'époque de sa mort (5).

L'objet du fidéicommis de famille ne peut être aliéné au profit d'un étranger, ni par acte entre vifs, ni par acte à cause de mort. En cas de contravention, tout membre de la famille peut le réclamer : la préférence est accordée à celui qui est au degré le plus proche, s'il est prêt à promettre de restituer l'objet à la famille (6). Les membres de la famille peuvent renoncer à leur droit en participant à la vente ou en approuvant ceux qui en ont pris l'initiative (7).

II. Fidéicommis universel. — Le fidéicommis universel, dont on trouve un exemple dans Cicéron (8) et dont l'usage se généralisa lorsque, sous Auguste, les fidéicommis devinrent obligatoires, répondait à un besoin réel : il fournit un moyen d'écarter la règle *semel heres, semper heres*. Cette règle, consacrée par les prudents, présentait des avantages incontestables, surtout pour les créan-

(1) Gaius, II, 262; cf. Aristo, ap. Marc., 2 Fid., D., XXXII, 95.
(2) Gaius, II, 280.
(3) *Ibid.*, 268; Ulp., 67 ad Ed., D., XXXI, 1 a été interpolé.
(4) Mod., D., XXXI, 32, 6; Pap., *eod.*, 69, 4; *C. I. L.*, III, 656.
(5) Mod., *loc. cit. : In fideicommisso, quod familiæ relinquitur, hi ad petitionem ejus admitti possunt, qui nominati sunt, aut post omnes eos extinctos, qui ex nomine defuncti fuerint eo tempore, quo testator moreretur, et qui ex his primo gradu procreati sint, nisi specialiter defunctus ad ulteriores voluntatem suam extenderit.* A défaut de désignation expresse, le fiduciaire est libre de remettre le fidéicommis à celui des membres de la famille qu'il lui plaît de choisir (Pap., 19 Quæst., D., XXXI, 67 pr.; Marc., 8 Inst., D., XXX, 114, 17). Sous Justinien, à défaut du fils ou de la fille, on appelle la belle-fille ou le gendre (C., VIII, 38, 5). Cf. p. 860, 2.
(6) Sev., Car., ap. Marc., 8 Inst., D., XXX, 114, 14; Pap., *eod.*, 69, 3.
(7) Gord., C., VI, 42, 11.
(8) *De fin.*, II, 17.

ciers héréditaires : elle créait une situation nette, exempte de complications ; elle avait le mérite de la simplicité. A cet égard, elle porte l'empreinte du droit antique; elle en a aussi la raideur et l'inflexibilité. Les Romains de la fin de la République en virent surtout les inconvénients. Elle se prêtait mal aux exigences d'une époque où le testament était devenu un acte aussi fréquent qu'il avait été rare autrefois et où les testateurs avaient des intérêts multiples à ménager. C'est un époux qui veut laisser sa succession à son conjoint, sans en dépouiller définitivement sa famille (1). C'est un père qui veut confier ses biens à un ami, plutôt qu'à un tuteur, pour les rendre à son fils lorsque cet enfant sera d'âge à les administrer utilement (2). C'est un parent qui désire laisser sa succession au représentant d'une branche de sa famille, mais à charge de la rendre à une autre personne si l'héritier meurt sans postérité (3). Grâce au fidéicommis d'hérédité, on put transmettre son hérédité au fiduciaire *ad diem* et la faire ensuite parvenir au fidéicommissaire *ex die*. Mais, pour réaliser cette seconde transmission de l'hérédité, la jurisprudence eut à résoudre un problème qui n'était pas sans difficulté : le fidéicommissaire n'était qu'un successeur à titre particulier; par suite, il restait étranger aux dettes héréditaires. Cependant il n'était pas juste que le fiduciaire payât les dettes, alors qu'il devait remettre l'émolument de la succession au fidéicommissaire. Il fallut trouver un moyen de forcer le fidéicommissaire à indemniser le fiduciaire de ses déboursés. On eut recours, suivant l'usage, à un expédient.

§ 1er. *Vente fictive de l'hérédité.* — Le grevé vend l'hérédité au fidéicommissaire pour le prix fictif d'un sesterce. Cette vente se réalise, pour les choses corporelles, par une mancipation de l'hérédité; pour les choses incorporelles, créances et dettes, par les stipulations réciproques qui interviennent entre acheteur et vendeur d'hérédité. Le fidéicommissaire promet au grevé de l'indemniser de tout ce qu'il payera de bonne foi pour le compte de la succession; à son tour le grevé promet au fidéicommissaire de lui restituer tout l'émolument de l'hérédité et de lui permettre d'exercer les actions héréditaires comme *procurator* ou *cognitor* (4).

Ce procédé, imaginé par la jurisprudence, n'était pas sans danger : il laissait le grevé exposé au risque de l'insolvabilité du fidéicommissaire. C'est ce qui avait lieu lorsque les créanciers

(1) Scæv., ap. Ulp., D., XXXVI, 1, 22 pr. ; 78 pr., 10 et 14; Pap., 57, 2.
(2) Jav., 11 *Ep.*, *eod.*, 46 ; Scæv., *eod.*, 78, 2; Paul, 2 Decret., *eod.*, 74, 2.
(3) Jul., *eod.*, 25, 2 ; Cels., *eod.*, 32; Scæv., *eod.*, 62 pr.; 77 et 78, 5.
(4) Gaius, II, 252. Cf. p. 635, 6; 540, 6.

réclamaient au grevé le payement des dettes héréditaires, alors qu'il avait restitué l'hérédité et que le fidéicommissaire était hors d'état de tenir son engagement. Mais la loi seule pouvait porter remède à cette situation, empêcher que la confiance du grevé ne fût trompée (1). A défaut du législateur, le Sénat intervint.

§ 2. *Sénatusconsultes Trébellien et Pégasien.* — Le Sc. Trébellien, rendu sous Néron, le 25 août 56 (2), décida qu'après la restitution de l'hérédité les actions seraient données à ceux et contre ceux qui profiteraient de l'hérédité (3), et non au fiduciaire ou contre lui (*exceptio restitutæ hereditatis*). Le fidéicommissaire fut dès lors traité comme un successeur à titre universel. Quant au fiduciaire, il devint en fait, sinon en droit, étranger à l'hérédité (4) et n'eut plus à redouter l'insolvabilité du fidéicommissaire. Ainsi fut réalisée pratiquement une innovation considérable : la transmission d'une même hérédité à deux héritiers se succédant à un certain intervalle.

On ne tarda pas à s'apercevoir, cependant, que cette innovavation était insuffisante pour déterminer le grevé à faire adition. Deux causes pouvaient l'en détourner : le défaut d'intérêt lorsqu'il était chargé de rendre toute ou presque toute l'hérédité ; l'insolvabilité présumée de la succession (5). Pour écarter la première raison, le Sc. Pégasien, rendu sous Vespasien (6), attribua au grevé une quarte analogue à la Falcidie, dans le cas où il était chargé de restituer toute l'hérédité ou une fraction supérieure aux trois quarts. Pour écarter la seconde raison, le Sénat décida que, sur la demande du fidéicommissaire, le grevé serait forcé par le magistrat à faire adition (7). Si même des conditions potestatives lui ont été imposées, qui ne portent atteinte ni à son honneur ni à ses intérêts, il sera forcé de les accomplir, à moins que le magistrat ne juge préférable de le dispenser de les remplir (8).

(1) *Potius quam cuique periculosam esse fidem suam* (D., XXXVI, 1, 1, 2).

(2) Le mois et le jour sont indiqués par Ulpien (*eod.*, 1, 1). La date du consulat a été fixée par DE PETRA, *Atti dell' Acad. dei Lincei*, s. 2, *Mem. stor.*, III, 168 ; MOMMSEN, *Hermes*, XII, 127.

(3) GAIUS, II, 253; JUL., 40 Dig., D., XXXVI, 1, 28 (27), 7.

(4) Le fiduciaire conserve certains droits qui ne sont pas transmissibles : les *jura sepulcrorum* (p. 184, 2), l'action *operarum*. PAP., 20 Quæst., *eod*, 55 pr. : *Et generatim ita respondendum est neque summoveri heredem neque liberari ex his causis quæ non pertinent ad restitutionem.*

(5) GAIUS, II, 254, 258 ; ULP., D., XXXVI, 1, 4; D., XXXIX, 4, 17.

(6) Entre 70 et 79 : on ignore la date du consulat de Pegasus et Pusio.

(7) GAIUS, II, 258. Sur les conséquences de cette adition en cas de prédécès du fidéicommissaire, voir la constit. d'Antonin le Pieux (D., XXXVI, 1, 11, 2 ; 12).

(8) GAIUS, D., XXXVI, 1, 65, 7; MÆC., *eod.*, 7; MARC., *eod.*, 32, 2; JUL., *eod.*, 65, 10. Cf. p. 591, 4.

La combinaison des Sc. Trébellien et Pégasien donna lieu à une situation assez compliquée. Pour déterminer les rapports respectifs du fiduciaire et du fidéicommissaire, il y a lieu de distinguer plusieurs hypothèses : l'adition volontaire et l'adition forcée ; puis, dans l'adition volontaire, la période antérieure et la période postérieure à la restitution.

Un intervalle plus ou moins long sépare l'adition de la restitution. Ordinairement, la charge de rendre est imposée au grevé pour l'époque de son décès. Elle peut aussi être subordonnée à une condition, telle que le décès sans postérité : cette condition est même sous-entendue *conjectura pietatis,* lorsque le fiduciaire est un descendant du testateur (1).

1° *Adition volontaire.* — 1° Période antérieure à la restitution. Jusqu'à la restitution, le fidéicommissaire n'a qu'un droit de créance contre le grevé. Celui-ci est à tous égards traité comme un héritier : il doit payer les créanciers et se faire payer par les débiteurs de la succession (2). Ses créances contre le défunt, ses dettes envers lui s'éteignent par confusion (3). Il en est de même des droits réels qu'il avait sur les biens du défunt ou réciproquement. Mais il ne peut, sans engager sa responsabilité, disposer à son gré des biens qu'il est tenu de rendre : il doit les conserver avec les mêmes soins qu'il apporte à ses propres affaires ; il ne peut faire que les aliénations commandées par une sage administration. Exceptionnellement, on permet à la fille du testateur de prélever ce qui lui est nécessaire pour se constituer une dot (4). Quant aux fruits des biens héréditaires, ils appartiennent exclusivement au grevé, si le testateur n'en a pas décidé autrement (5) : c'est le seul profit que lui procure la succession. Les droits du fiduciaire sont plus étendus lorsque le fidéicommis a pour objet ce qui lui restera de l'hérédité à son décès (*bonorum superfluum*) : il peut ici disposer librement des biens héréditaires, pourvu qu'il agisse de bonne foi et non pour nuire au fidéicommissaire (6).

2° Période postérieure à la restitution. Le Sc. Trébellien a modifié les conditions et les effets de la restitution.

La restitution s'opère par une simple convention, expresse ou tacite, entre le grevé et le fidéicommissaire. Cette convention a ici une efficacité qui d'ordinaire est refusée à un simple pacte :

(1) Pap., 9 Resp., D., XXXV, 1, 102; ap. C., VI, 42, 30; VI, 25, 6, 1.
(2) Jul., 40 Dig., *h. t.*, 27, 7 ; Mæc., 8 Fid., D., XLVI, 3, 104.
(3) Jul., D., XXXVI, 1, 27, 11 ; Scæv., *eod.*, 80 ; Paul, *eod.*, 59 pr.
(4) Nerat., 1 Resp., ap. Ulp., 5 Disp., *eod.*, 23, 3-4.
(5) Ulp., 15 ad Sab., *eod.*, 19 pr.
(6) Pap., 19 Quæst., *eod.*, 56 pr.; *eod.*, 60, 8 ; cf. D., XXII, 3, 2 et 3.

elle transfère au fidéicommissaire la propriété des biens du défunt indépendamment de toute tradition (1) ; elle lui transmet également les créances et les dettes héréditaires. D'après le Sc. Trébellien, le fidéicommissaire exercera comme actions utiles les actions du défunt ; il sera poursuivi *utiliter* par les créanciers (2). Le Préteur a, dans son édit, complété cette innovation en promettant au fidéicommissaire une action analogue à la pétition d'hérédité (*fideicommissaria hereditatis petitio*) (3). En aucun cas la restitution ne peut avoir lieu avant l'époque ou avant l'événement de la condition fixée par le défunt. Jusque-là les actions ne seront pas données au fidéicommissaire ou contre lui (4).

Le fiduciaire ne peut plus, à dater de la restitution, ni faire valoir les droits du défunt, ni être poursuivi par les créanciers : on lui opposerait dans le premier cas, il opposera dans le second l'exception *restitutæ hereditatis*. Les droits réels, qu'il avait sur les biens du défunt et que la confusion avait éteints, revivent. Il n'en est pas de même des créances ou des dettes ; mais il est autorisé à retenir sur les valeurs à restituer le montant de ce qui lui est dû ; de son côté, le fidéicommissaire exigera de lui le payement de ses dettes envers le défunt (5).

Depuis le Sc. Pégasien, la situation respective du fiduciaire et du fidéicommissaire est modifiée dans le cas où le grevé est chargé de restituer toute l'hérédité ou une fraction supérieure aux trois quarts. Le fiduciaire, ayant ici droit à la quarte, reste héritier ; il a paru impossible de lui enlever ce titre dès l'instant qu'on lui accordait le droit réservé par la Falcidie aux héritiers. Dès lors, il est seul représentant du défunt à l'égard des créanciers et des débiteurs héréditaires. Le fidéicommissaire, qui subit la quarte, n'est plus *heredis loco*, mais *legatarii loco*, comme un légataire partiaire. Par suite, il devra intervenir entre le fiduciaire et lui des stipulations *partis et pro parte* (I, 554, 3). Le fiduciaire, qui renonce à la quarte, n'en reste pas moins héritier : il devra conclure avec le fidéicommissaire les stipulations *emptæ et venditæ hereditatis* (6).

(1) Ulp., 16 ad Ed., D., XXXVI, 1, 39 pr. ; Gaius, *eod.*, 2 Fid., 65 pr.

(2) Il ne s'agit pas ici, comme on a l'a cru pendant longtemps, d'une formule à transposition de personnes : le fidéicommissaire n'est pas une sorte de mandataire légal ; il est investi d'une action fictice. Cela résulte de Theoph., II, 23, 4 (éd. Ferrini, p. 241) ; cf. Lenel, *E. P.*, I, 209.

(3) Ulp., 16 ad Ed., D., V, 6, 1. La formule était vraisemblablement conçue *in factum*. Cf. Lenel, *E. P.*, I, 209.

(4) Gaius, 2 Fid., D., XXXVI, 1, 10.

(5) Mæc., *eod.*, 73, 1 ; Paul, *eod.*, 59 pr. ; Scæv., *eod.*, 80 ; Jul., *eod.*, 27, 11.

(6) Gaius, II, 257 ; Ulp., XXV, 14. Paul (IV, 3, 2) était d'un avis différent : il appliquait ici le Trébellien. Cf. Mod., de heurem., D., XXXV, 1, 45.

Si, au contraire, le grevé a été chargé de rendre une fraction de l'hérédité inférieure aux trois quarts, le Trébellien conserve son application : le fidéicommissaire est *heredis loco*. Les actions seront données pour partie au grevé et au fidéicommissaire ou contre eux, à l'un d'après le droit civil, à l'autre d'après le Trébellien. Les biens corporels seront indivis entre eux : le fidéicommissaire pourra demander le partage par une action *familiæ erciscundæ* utile (1).

2° *Adition forcée.* — Le fiduciaire ne peut rien retenir de l'hérédité (2) ; il n'a même pas droit à la quarte (3) ; mais il ne doit souffrir aucun dommage en raison de l'adition qu'on lui a imposée (4). Quant au fidéicommissaire, il est ici *heredis loco* et recueille tout l'émolument de la succession. S'il n'a droit qu'à une part de l'hérédité, il profite, le cas échéant, de la part que le fiduciaire aurait recueillie par droit d'accroissement. Il peut aussi, comme l'aurait fait l'héritier, invoquer la loi Falcidie à l'encontre des légataires (5).

CHAPITRE IX

Donations.

La donation est un acte à titre gratuit, comme le legs et le fidéicommis, mais ce n'est pas toujours un acte à cause de mort: très souvent elle a lieu entre vifs. La donation diffère également du legs et du fidéicommis, en ce qu'elle n'a pas par elle-même de valeur juridique : elle n'a pas de forme propre comme le legs; elle n'est pas directement sanctionnée, comme le fidéicommis. Elle doit, pour être efficace, être réalisée par un mode approprié suivant son objet. La théorie de la donation dépasse donc, à certains égards, celle des successions à cause de mort; on a cependant l'habitude de rapprocher les successions et les donations, parce que ce sont des causes d'acquérir à titre gratuit. Nous

(1) Gaius, II, 255; 2 Fid., D., X, 2, 40.
(2) Afr., 6 Quæst., *eod.*, 29, 2 ; Ulp., 4 fid., *eod.*, 4.
(3) Sev., Car., ap. Ulp., *eod.*, 15, 4. Il peut cependant garder ce qu'il a reçu *conditionis implendæ causa* (Paul, 9 ad Plaut., D., XXXV, 1, 44, 5) ou ce qu'il a acquis autrement que par la volonté du défunt, comme l'hérédité laissée par un tiers à un esclave héréditaire (Jul., 40 Dig., D., XXXVI, 1, 28, 1).
(4) *Ibid.*, 28 (27), 15.
(5) Pap., ap. Ulp., 22 ad Ed., *eod.,* 44; Gaius, 2 Fid., *eod.*, 65, 11.

étudierons d'abord les donations entre vifs, puis les donations à cause de mort.

I

DONATIONS ENTRE VIFS.

I. Distinction des actes a titre onéreux et a titre gratuit. — En général, on aliène une chose en vue d'obtenir l'équivalent de ce qu'on donne : c'est l'aliénation à titre onéreux. L'aliénateur et l'acquéreur agissent dans leur intérêt respectif : tous deux veulent faire une bonne affaire. Il en est autrement dans les actes à titre gratuit : l'une des parties procure volontairement à l'autre un avantage pécuniaire sans attendre d'équivalent. Nous avons rencontré déjà plusieurs actes entre vifs de cette espèce : le *mutuum,* le dépôt, le commodat, le précaire, le mandat, la gestion d'affaires; mais ces actes n'ont pas été soumis, comme actes à titre gratuit, à des règles spéciales : les donations, au contraire, ont été de bonne heure distinguées des actes à titre onéreux. La distinction présente un intérêt pratique à plusieurs points de vue : 1° la liberté de donner est, à partir d'un certain taux, restreinte par la loi Cincia; 2° les donations sont interdites entre époux; 3° elles sont interdites aux personnes qui administrent les biens d'autrui (p. 134, 5 ; 158, 1) ; 4° elles n'obligent pas l'aliénateur à la garantie contre l'éviction; 5° le concours de deux causes lucratives est une cause d'extinction des obligations (p. 538, 6).

II. Caractères des donations. — Pour assurer l'observation des règles spéciales aux donations, la jurisprudence a dû fixer les caractères qui leur sont propres. Cela fut d'autant plus nécessaire que la donation n'a par elle-même aucune valeur juridique (I, 557), et peut se manifester sous les formes les plus diverses. Toute donation suppose :

1° L'appauvrissement du donateur. Une aliénation est nécessaire : il faut qu'une valeur pécuniaire sorte du patrimoine du donateur pour entrer dans celui du donataire. Cette aliénation peut avoir lieu de trois manières : *dando*, par le transfert de la propriété ou d'un droit réel (1) ; *obligando*, par la promesse d'un

(1) Donation d'une servitude (Pap., 7 Quæst., D., VIII, 4, 17). L'abandon de la possession vaut donation (Ulp., 72 ad Ed., D., XXIV, 1, 46). Il en est de même de la permission d'habiter gratuitement une maison de rapport : le propriétaire s'appauvrit du prix du loyer (Pomp., D., XXXIX, 5, 9 pr.). — La donation d'une hérédité que l'on a acquise d'un tiers ne fait pas du donataire un successeur à titre universel : il faut lui transférer individuellement les divers éléments du patrimoine par les modes appropriés (*Vat. fr.*, 263). Quant aux dettes, il doit indemniser le donateur de

corps certain ou d'une quantité (1) ; *liberando*, par la remise d'une dette (2). L'appauvrissement ne résulte pas toujours d'un fait actif ; une omission suffit : celui qui laisse usucaper une chose à son préjudice fait une aliénation; de même celui qui néglige d'accepter une hérédité pour la faire parvenir au substitué (3).

2° L'enrichissement du donataire, c'est-à-dire une augmentation du patrimoine sans une diminution corrélative. L'acquéreur qui fournit un équivalent n'est pas un donataire (4).

3° La volonté de faire une libéralité, c'est-à dire une aliénation sans équivalent (5). On remarquera le caractère abstrait de cette condition : le motif particulier qui a déterminé le donateur est indifférent (6).

4° L'acceptation du donataire. En général, la donation a lieu en exécution d'une convention (7) ; elle peut aussi avoir lieu sans accord de volontés préalable, mais dans l'espoir que le donataire l'acceptera, par exemple lorsque je paye votre dette à votre insu.

ce qu'il a déboursé. Papinien (3 Resp., *h. t.*, 28) accorde au donateur l'action *præscriptis verbis*, mais ce texte est interpolé : la contrainte dont parlait Papinien avait lieu *extra ordinem*. Cf. Gradenwitz, *Interpol.*, 130.

(1) Jul., 60 Dig., D., XXXIX, 5, 2 pr., 1-2; Cels., 28 Dig., *eod.*, 21, 1.

(2) Ulp., 58 ad Ed., *eod.*, 17.

(3) P. 106, 8. Paul, 3 de adult., D., XXIII, 5, 14, 3.

(4) Le cautionnement n'est pas une donation : si la caution s'appauvrit en s'obligeant envers le créancier, celui-ci ne s'enrichit pas. La renonciation à un cautionnement ou à une hypothèque n'est pas non plus une donation (Ulp., 44 ad Ed., D., XXXVIII, 5, 1, 19; Pap., 11 Resp., D., XX, 6, 1, 1).

(5) Jul., 17 Dig., *h. t.*, 1 pr.

(6) Cela est vrai même des donations rémunératoires, bien qu'on l'ait contesté. Par exception, les donations, faites alors que la vie du donateur était en danger, sont irrévocables (Paul, 5 Sent., D., XXXIX, 5, 34, 1).

(7) Cic., *Top.*, 8; Ulp., 76 ad Ed., *h. t.*, 19, 2 : *Non potest liberalitas nolenti adquiri*. Savigny (IV, 145) a soutenu qu'un acte unilatéral suffit parfois pour parfaire la donation. Si, en général, il y a convention, c'est que la donation exige pour sa réalisation un acte qui implique l'existence de cette convention (tradition, stipulation, acceptilation). Il en est autrement : 1° lorsque le donataire n'a pas conscience de l'acte du donateur ni de son enrichissement (libération d'un débiteur par un payement fait à son insu); 2° lorsque le donataire a connaissance de l'acte, mais ne se doute pas qu'il contient une donation (payement d'une dette inexistante à une personne qui croit à la réalité de la dette). Cette opinion a été justement critiquée : l'acceptation d'une tradition n'implique pas nécessairement l'acceptation de la donation (p. 239); on peut être d'accord sur le transfert sans l'être sur la donation (Jul., D., XII, 1, 18). Africain (5 Quæst., D., XXX, 108) prouve la nécessité de l'acceptation : je suis créancier d'une chose comme légataire; un tiers la donne à mon esclave. Ma créance est-elle éteinte par application de la règle sur le concours de deux causes lucratives? Non, *si ignorem rem meam factam esse*. On n'est donc pas donataire à son insu. Sans cela, dit Africain, il dépendrait de l'héritier de se libérer contre mon gré : *quod nullo modo recipiendum est*. Vainement Savigny admet-il que le donataire pourra refuser une libéralité qui lui déplaît : ce correctif ne supprime pas l'intérêt de la question : 1° le donataire incapable ne peut user de la faculté de refuser; 2° le donateur ne peut plus révoquer la donation; sa mort, son incapacité n'exercent aucune influence. Cf. Burckhardt, *Ueber Schenkungsannahme*, 1892.

Dans ce cas, l'existence de la donation est subordonnée au parti que prendra le donataire, lorsqu'il aura connaissance de l'aliénation faite en sa faveur : s'il ne refuse pas la libéralité dont il a été l'objet, la convention se forme tacitement et la donation se parfait; dans le cas contraire, il n'y a pas donation; la valeur aliénée se trouve sans cause entre les mains de l'acquéreur et peut être répétée.

La notion de la donation qui vient d'être présentée n'a pas toujours été rigoureusement observée. La jurisprudence s'est montrée plus ou moins large, suivant les cas. D'abord, la donation des revenus est en général permise (1) : exception est faite pour les intérêts de la dot qui sont affectés aux charges du mariage (2). Puis, en matière de donation entre époux, il est de principe qu'on doit appliquer la prohibition sans âpreté : on doit concilier l'affection des conjoints l'un pour l'autre avec les mesures prises pour sauvegarder leur fortune (3).

III. Faveurs accordées aux donateurs. — Le droit classique a fait aux donateurs une situation à plusieurs égards favorisée.

1° Le donateur, par voie de promesse, jouit du bénéfice de compétence (p. 741) ; l'action n'est même donnée contre lui que sous la double réserve d'une somme suffisante pour payer ses dettes et pour lui assurer des moyens d'existence (4).

2° Le donateur ne répond envers le donataire que de son dol et de sa faute lourde. S'il a donné sciemment la chose d'autrui ou une chose vicieuse, il doit indemniser le donataire des dépenses qu'il a faites (5) ou du préjudice que les vices lui ont causé. Mais il ne répond pas de l'éviction (6), à moins de s'y être obligé (7) ou d'avoir mancipé l'objet donné (I, 264, 1) (8).

3° Le donateur, qui a promis une somme d'argent, n'a pas à

(1) Cf. pour l'application de la loi Cincia, Gaius, 3 de leg., *h. t.*, 11 ; Mod., 15 Resp., *h. t.*, 23 pr.; pour la prohibition des donations entre époux : Jul., ap. Ulp., 32 ad Sab., D., XXIV, 1, 17 pr. Voir cep. Marcel., 7 Dig., *eod.*, 49.

(2) Jul., ap. Ulp., *eod.*, 21, 1.

(3) Paul, 7 ad Sab., *eod.*, 28, 2 : *Et sane non amare nec tanquam infestos jus prohibitæ donationis tractandum est, sed ut inter conjunctos maximo affectu et solam inopiam timentes.*

(4) Cette extension du bénéfice de compétence apparaît au IIe siècle (p. 742, 3).

(5) Arg. Pap., 2 Resp., D., VI, 1, 48.

(6) Lab., ap. Ulp., 71 ad Ed., *h. t.*, 18, 3; Paul, V, 11, 5 (interpolé comme l'a démontré Labbé, *De la garantie*, p. 101 : la fin du texte contredit le commencement).

(7) Sev., Car., C., VIII, 44, 2.

(8) Cette différence entre la donation et la vente exista en fait avant d'être consacrée par le droit. Au début de l'Empire, le vendeur n'était, pas plus que le donateur, tenu de l'obligation de garantie ; mais la stipulation de garantie qui, en l'absence de mancipation, était d'usage dans la vente, ne l'était pas dans la donation. Dans le cas même de mancipation, le donateur avait soin de se soustraire à l'action *auctoritatis* en mancipant *nummo uno* (I, 263, 1). Aussi, lorsque la garantie devint une consé-

payer d'intérêts moratoires. Cette règle, qui fut d'abord l'application du droit commun, puisque l'action résultant de la stipulation était de droit strict, est présentée au IIIe siècle comme une décision d'équité (1).

IV. Révocation des donations. — Les actes juridiques, régulièrement accomplis, sont irrévocables, sauf le cas de fraude envers les créanciers (p. 488); les donations, au contraire, sont parfois révocables; telle est la règle admise à partir du IIIe siècle. Cette dérogation au droit commun est autorisée dans trois cas : 1° pour empêcher une fraude à la loi sur la légitime; 2° en raison des rapports de dépendance existant entre le donateur et le donataire; 3° pour inexécution des charges imposées au donataire.

§ 1er. *Donations inofficieuses.* — Depuis Alexandre Sévère, les donations excessives faites au préjudice d'un légitimaire peuvent être révoquées sur sa demande (2). La donation inofficieuse peut être attaquée comme le testament inofficieux. La même raison d'équité s'impose dans les deux cas : on ne peut faire indirectement ce qu'il est défendu de faire directement. Le droit d'attaquer les donations inofficieuses diffère de la plainte d'inofficiosité en matière de testament : 1° Le droit du légitimaire fut, au début, subordonné à la preuve de l'intention frauduleuse du donateur; il semble que cette condition ait été maintenue par le droit postérieur (3). 2° L'action intentée *ad exemplum inofficiosi testamenti* eut d'abord pour résultat de faire considérer les donations comme non avenues et de permettre au légitimaire de réclamer tout ce qu'il aurait recueilli à titre d'héritier du donateur. Sous Dioclétien, l'action n'est plus qu'une action en réduction : les

quence de la vente (p. 412), n'a-t-on pas étendu cette règle à la donation. — Si le donateur a promis une chose *in genere* et que le donataire soit évincé de l'objet livré, le donateur reste obligé comme s'il n'avait rien remis. Telle est la décision de Labéon en matière de legs (p. 665, 8). Pomponius l'a étendue à la donation (D., XXX, 45, 1-2; 46). Il faut bien se garder de dire que le donateur est ici garant de l'éviction : l'action dont il est passible est une action en exécution de sa promesse et non une action en garantie ; il n'est pas tenu d'indemniser le donataire des conséquences de l'éviction. Cette observation, présentée par J.-E. Labbé (*De la garantie*, p. 111), concilie de la manière la plus simple les textes qui excluent l'obligation de garantie avec le passage précité de Pomponius. Il est difficile de soutenir avec Dernburg (II, 293, 6) que Pomponius parle d'une promesse abstraite et n'a pas entendu appliquer à la donation la décision donnée pour le legs. Cf. Lenel, II, 54.

(1) Mod., 8 differ., *h. t.*, 22 : *Summæ æquitatis est.* Cf. p. 572, 4.

(2) Ap. Paul, D., XXXI, 87, 3; Philip., C., III, 29, 1 : *Ad deludendam inofficiosi querellam;* Diocl., *eod.*, 8, 1 : *Consilium et eventus.*

(3) Certains textes ne font pas allusion à cette condition (C., III, 29, 2; *Vat. fr.*, 280), mais ce sont des décisions d'espèce; il n'était pas nécessaire de rappeler toutes les conditions requises pour l'exercice du droit. Ces décisions sont de Dioclétien ou de ses prédécesseurs ; or on a vu que Dioclétien exige le *consilium fraudis*. Contra : Accarias, I. 969, 3.

donations ne sont révoquées que dans la mesure où elles dépassent la légitime (1). 3° L'action peut être intentée alors même que le *de cujus* est mort intestat (2). A tous autres égards, les deux actions sont soumises aux mêmes règles : *a*) c'est une voie de recours subsidiaire; *b*) le légitimaire doit avoir été injustement privé de sa part; *c*) l'action est exclue par tout acte du légitimaire impliquant l'approbation de la donation (3).

§ 2. *Donations aux affranchis.* — D'après un rescrit de l'an 249, ces donations sont révocables *ad nutum* (4).

§ 3. *Donations* sub modo. — Le *modus* est une charge imposée au donataire (5). Il consiste généralement en une prestation pécuniaire, telle qu'une rente à servir à un tiers. Les donations *sub modo* ont un double but : un but principal, l'enrichissement du donataire; un but accessoire, l'exécution de la charge qui lui est imposée. Cette charge n'est pas toujours obligatoire pour le donataire : ce n'est parfois que l'expression d'un désir; si le donataire n'en tient pas compte, le donateur ne peut répéter ce qu'il a donné (6). Tel est le cas où je vous fais une donation pour vous permettre de voyager, d'acheter un fonds. Dans tout autre cas, le donateur n'eut pendant longtemps aucun moyen de contrainte contre le donataire, à moins d'avoir stipulé l'exécution de la charge. Vers la fin de l'époque classique, une doctrine nouvelle se fait jour : le pacte joint à la dation faite *donandi animo,* suffit pour obliger le donataire, indépendamment de toute stipulation (7). Le donateur a dès lors un double droit : il peut

(1) Diocl., 8 pr. L'atteinte à la légitime s'apprécie au jour où la donation a été faite (*ibid.*, 7; *Vat. fr.*, 280). En cas de donations successives, il semble qu'on devait les réduire en commençant par la plus récente. Cf. Windscheid, III, 586, 6.

(2) Val., Gall., C., III, 29, 3. On admet généralement une autre différence : le donateur lui-même peut demander la révocation pour cause de survenance d'enfants, lorsque la donation porte atteinte à leur légitime (Diocl., 5). Ce droit est sanctionné par une *condictio ex lege.* Cf. Windscheid, III, 586, 15; Dernburg, III, 305; contra : Savigny, IV, 226, 10; Accarias, I, 969.

(3) P. 669. Diocl., C., III, 29, 4; 6; cf. Constantius, *eod.*, 9.

(4) Philip., *in Vat. fr.*, 272. Ce droit du patron fut vraisemblablement étendu au père émancipateur.

(5) Cf. Gaius, 2 de leg., D., XXXV, 1, 17, 4. Cette acception du *modus* n'apparaît que dans les textes du IIIe siècle, et encore n'est-il pas sûr que le mot n'ait été interpolé. Le sens technique qui vient d'être attribué au *modus* est certain sous Justinien, comme le prouve la rubrique (C., VIII, 54) : *De donationibus quæ sub modo.*

(6) Nerat., ap. Ulp., 32 ad Sab., D., XXIV, 1, 13, 2; S. Cæc., ap. Pap., 17 Quæst., D., XXXV, 1, 71 pr. Cette règle parut trop absolue à Julien (60 Dig., D., XXXIX, 5, 2, 7) qui, développant une idée de son maître Javolenus (D., XXIV, 1, 50, 1), proposa de considérer l'intention du donateur comme une condition, l'acte comme une dation *ob causam.*

(7) Val., Gall., C., IV, 6, 3; Diocl., *eod.*, 8. Valérien et Gallien accordent une revendication utile, lorsque la charge imposée au donataire consiste en une pension alimentaire (C., VIII, 54, 1).

répéter ce qu'il a donné si, à l'époque ou dans le délai fixé, la charge n'a pas été accomplie; il peut aussi forcer le donataire à exécuter la charge. Le premier droit est sanctionné par une *condictio* (1) : c'est l'application de la règle qui permet de répéter la dation faite en vue d'une cause déterminée, lorsque cette cause n'est pas réalisée. Mais le donateur n'a qu'une action personnelle : il n'a pas, comme en droit français, une action en révocation opposable aux tiers (C. civ., 954). Le second droit du donateur est sanctionné par l'action *præscriptis verbis*, comme s'il y avait entre le donateur et le donataire un contrat innommé (p. 447, 3-4.) Mais cette conception n'est possible que dans les rapports du donateur et du donataire : lorsque la charge était imposée au profit d'un tiers, on accorda, par faveur, au bénéficiaire, une action utile contre le donataire (p. 332, 8).

V. Restriction a la liberté de donner. — Le droit classique a maintenu la restriction établie par la loi Cincia (2) et en a étendu la portée sans en changer le caractère : la donation ne peut excéder un certain taux (I, 558). Edictée d'abord pour protéger les clients contre leurs patrons, les plébéiens contre les exigences des patriciens (3), cette disposition peut maintenant être invoquée par tous les citoyens : cette extension fut la conséquence de la création par le Préteur de l'exception *legis Cinciæ*. Ce moyen de défense, substitué à l'*auxilium* des tribuns (4), facilita l'application de la loi sans lui enlever son

(1) Cette doctrine apparaît déjà dans Papinien (27 Quæst., D., XIX, 5, 6), mais le texte est très suspect d'interpolation. Cf. Pernice, *Labeo*, III, 90, 3.

(2) La disposition de la loi Cincia sur les honoraires des avocats (I, 557, 4) a été également maintenue et même aggravée par la loi Julia *judiciorum publicorum :* les contrevenants sont frappés de la peine du quadruple (Dio Cass., LIV, 18). Cette mesure excessive fut inefficace. Plus sage que ses prédécesseurs, Claude permet aux avocats de recevoir des honoraires, mais il leur défend d'exiger plus de 10,000 sesterces, sous peine d'être traités comme concussionnaires (Tac., *Ann.*, XI, 7). Ce maximum a été modifié par Dioclétien qui accorde à l'avocat 250 deniers pour la *postulatio*, 1,000 pour la *cognitio* (*C. I. L.*, III, p. 731, c. 7, l. 72-73). La demande en payement d'honoraires donnait lieu à une *persecutio extra ordinem* (p. 435, 5). En pratique, l'avocat exigeait une provision qui lui était définitivement acquise, à moins qu'il n'eût pas plaidé par sa faute (Diocl., C., IV, 6, 11 ; Paul, D., XIX, 2, 38, 1 ; Ulp., D., L., 13, 1, 13). Alexandre Sévère prescrivit aux avocats de défendre gratuitement les plaideurs indigents (Lamprid., 43) ; une indemnité leur était accordée aux frais du Trésor (Cf. Nov., 17, 3 ; 126, 1).

(3) Tome Ier, 558, 1. Liv., XXXIV, 4 : *Quia vectigalis jam et stipendiaria plebs senatui cœperat.* Mommsen a soutenu à tort que le patron figurait anciennement parmi les personnes exceptées et par suite que la loi Cincia ne protégeait pas les affranchis (t. Ier, 170, 2; 558, 3).

(4) Cette conjecture, que nous avons indiquée (I, 460, 3), fournit la solution la plus simple des difficultés soulevées par la question de savoir quelle fut la sanction primitive de la loi : elle repose sur le témoignage de Tite-Live. Si la loi eut pour but de protéger les plébéiens, les tribuns eurent le devoir de prendre leur défense toutes les fois qu'on exigeait d'eux l'exécution d'une promesse *ultra modum*. On a

caractère de *lex imperfecta*. Il en fut de même de quelques moyens de procédure utilisés dans certains cas par la jurisprudence : l'interdit *utrubi*, l'action rescisoire, la *condictio*. La donation *ultra modum* n'est pas nulle; elle est même inattaquable lorsqu'elle est parfaite : les innovations du droit classique ont eu seulement pour résultat de rendre d'une réalisation plus difficile la perfection de cette donation.

L'exception permet au donateur de refuser l'exécution de la donation, s'il se repent d'avoir cédé à un mouvement irréfléchi. Elle peut aussi être invoquée sous forme de réplique, lorsque le donataire a une exception à faire valoir contre la réclamation du donateur. Le droit d'invoquer l'exception de la loi Cincia a été étendu par les Proculiens aux héritiers du donateur, et même à un tiers quelconque qui serait poursuivi à l'occasion de cette donation. C'est une exception *quasi popularis* (1).

L'opinion des Proculiens quant au droit des héritiers a été accueillie dans une mesure restreinte par la jurisprudence postérieure : lorsque le testateur a persisté dans son intention libérale jusqu'à son décès, le donataire repoussera par une réplique de dol l'exception *legis Cinciæ* que lui opposeraient les héritiers du donateur. Papinien, constatant que ce cas était le plus fréquent dans la pratique, exprime le résultat de cette doctrine par la formule : *Morte Cincia removetur*. Mais cette formule est inapplicable lorsque le défunt n'a donné aucune suite à la donation. La jurisprudence paraît avoir complété le système de protection organisé par le Préteur, en visant le cas où il était en défaut, celui de la délégation : elle accorde suivant les cas une action rescisoire ou une *condictio*. Elle a même permis d'attaquer une donation mobilière après qu'elle a été exécutée, en faisant usage

objecté que les tribuns avaient, même avant la loi Cincia, le droit d'intercéder contre les actions nées de donations qui leur paraissaient critiquables : ils ne furent pas plus obligés d'en user après la loi, qu'à l'époque antérieure (Girard, 929, 1). Cette objection ne tient pas compte d'un fait établi par Mommsen (trad. III, 334) ; c'est que le droit d'intercession ne pouvait s'exercer d'une manière arbitraire et s'est développé progressivement. Avant la loi Cincia, comment le tribun aurait-il justifié son intervention, alors que le patricien donataire demandait l'exécution d'un engagement régulièrement contracté? L'intercession a sa raison d'être pour empêcher un abus de pouvoir, mais non lorsqu'un magistrat veille à l'application de la loi. Tout autre fut la situation des tribuns après la loi Cincia : ils eurent le devoir d'intercéder en faveur des plébéiens, qui invoquèrent leur secours pour se défendre contre une promesse de donner *ultra modum*. On remarquera que la substitution de l'exception à l'*auxilium tribunitium* ne modifia pas le système de protection accordé au donateur : l'intercession produit le même effet qu'une exception (Plutarque, *Quæst. Rom.*, 81).

(1) *Vat. fr.*, 266. Cette exception est parfois conçue *in factum* (*Vat. fr.*, 310), mais on ignore dans quel cas on en faisait usage : peut-être lorsque le donataire était latin ou pérégrin (Huschke, *ad h. l.*; Lenel, *E. P.*, 406).

de l'interdit *utrubi*. Pour comprendre le fonctionnement de ces moyens de procédure, il faut en examiner l'application aux divers modes employés pour *parfaire* une donation (1).

1° *Donation par voie de dation.* — La donation qui a pour objet un immeuble *mancipi* n'est parfaite que si l'immeuble a été mancipé et livré. S'il y a eu mancipation sans tradition, le donateur qui se repent d'avoir donné, peut refuser de livrer : il écartera la revendication du donataire par l'exception de la loi Cincia. S'il y avait eu tradition sans mancipation, le donateur resté propriétaire quiritaire, tant que le donataire n'a pas usucapé, pourrait revendiquer avec succès l'objet livré ; il paralyserait l'exception *rei donatæ et traditæ* opposée par le donataire en invoquant la réplique de la loi Cincia. — La donation d'un meuble se parfait par la tradition s'il est *nec mancipi*, par la mancipation suivie de tradition, s'il est *mancipi* (2). Il faut, de plus, que le donataire ait possédé dans la dernière année plus longtemps que le donateur, sans quoi celui-ci triompherait grâce à l'interdit *utrubi* (3).

2° *Donation par voie de promesse.* — Tant que la promesse n'est pas exécutée, le donateur peut repousser le donataire par l'exception de la loi Cincia. S'il a exécuté par erreur, croyant que le donataire est une personne exceptée, il peut répéter (4).

3° *Donation par voie de libération.* — L'acceptilation rend la donation parfaite. Le donateur qui n'a consenti qu'un pacte de remise, conserve le droit d'exiger le payement de sa créance : il paralysera l'exception de pacte par la réplique de la loi Cincia.

4° *Donation par voie de délégation.* — D'après Celsus, on vient au secours du donateur délégant de deux manières, suivant que le délégué a ou non payé le donataire, bénéficiaire de la délégation : *a*) si le délégué n'a pas payé, on accorde au donateur une action rescisoire, par laquelle il poursuivra le débiteur comme s'il n'y avait pas eu délégation (5) ; *b*) si le délégué a payé,

(1) L'expression *perficere donationem* revient constamment dans les textes relatifs à l'application de la loi Cincia (*Vat. fr.*, 259, 264, 293, 310, 313).

(2) *Vat. fr.*, 293. L'*accessio possessionum* (p. 246, 4) n'est pas ici admise, sans quoi le donateur ne pourrait jamais l'emporter sur le donataire (I, 560, 2).

(3) *Vat. fr.*, 311, 313.

(4) Il y avait des cas douteux : la donation *dotis causa* est permise aux cognats quel que soit leur degré. Labéon refuse d'étendre ce privilège aux cognates ; Paul adopte l'opinion contraire pour une raison d'équité (*Vat. fr.*, 306).

(5) Cels., *h. t.*, 21, 1 (p. 526, 4). On a prétendu que ce texte a été interpolé afin de le mettre d'accord avec les règles nouvelles établies par Justinien pour la validité des donations supérieures à 500 solides. Cette assertion ne nous paraît pas certaine ; la concession d'une action rescisoire est un procédé qui n'est pas étranger aux classiques ; il y en a un autre exemple dans le cas du Sc. Velléien (p. 559, 4).

Celsus autorise le donateur à exercer une *condictio* contre le donataire pour se faire restituer ce qui excède le taux légal. La concession de cette *condictio* semble une anomalie : elle s'explique si l'on remarque qu'elle est donnée dans un cas où l'exception n'est pas applicable sans que l'on puisse dire que le donateur ne mérite pas la protection de la loi, parce qu'il a de son plein gré exécuté la donation (I, 560). La novation produite par la délégation a pour effet de le priver d'un moyen de défense qui lui appartient dans les donations par voie de promesse ; elle rend le délégué non recevable à invoquer une exception *quasi popularis*. La jurisprudence a jugé équitable de rétablir l'équilibre en faveur du donateur, en lui accordant une *condictio*. L'opinion de Celsus n'est pas restée isolée : un siècle plus tard, Paul donne une décision analogue dans le cas où le donateur est le délégué au lieu d'être le délégant. Comme dans le cas précédent, le payement ne peut être considéré comme une confirmation de la donation, car le donateur ne peut se dispenser de payer le tiers délégataire : la novation l'empêche d'invoquer l'exception de la loi Cincia. Paul lui accorde une *condictio* pour réclamer sa libération s'il n'a pas encore payé, ou, dans le cas contraire, pour se faire restituer ce qui excède le taux légal (1).

(1) Paul, 71 ad Ed., D., XLIV, 4, 5, 5. Cf. Gide, *Novation*, p. 412, 3; Machelard, *Dissertations*, p. 388. On a proposé une autre explication de cette *condictio :* ce serait une survivance du régime antérieur à l'époque classique. La loi Cincia aurait été, dès le début, sanctionnée par une *condictio* fondée sur l'enrichissement injuste du donataire (Karlowa, II, 587; Girard, 929, 1). Cette conjecture est difficile à admettre, car, si la loi avait reçu une sanction aussi énergique, on ne voit pas : 1° pourquoi on y aurait renoncé à l'époque ultérieure, et cela pour y substituer le système si compliqué et parfois inefficace des exceptions et des répliques ; 2° pourquoi, par une singulière contradiction, la *condictio* refusée, en règle générale, au donateur, lui aurait été maintenue en cas de délégation. Aussi, pour faire accepter cette conjecture, en a-t-on proposé une seconde : la portée de la loi aurait été changée ; on aurait transformé une loi prohibant les donations supérieures au taux légal en une loi soumettant les donations à des formes spéciales. Le seul argument spécieux que l'on ait invoqué à l'appui de l'opinion qui précède, c'est que la sanction attribuée à la loi Cincia a été consacrée, en 605, par la loi Calpurnia *repetundarum :* cette loi, voulant protéger les provinciaux pressurés par les magistrats, les autorise à répéter toute somme d'argent qui leur aura été extorquée, même sous forme de donation. Mais l'argument repose sur une confusion entre les deux clauses de la loi Cincia. La disposition, qui a été étendue, n'est pas la clause *de donis et muneribus :* la donation n'est ici visée que subsidiairement en tant qu'elle servirait à déguiser un acte de concussion ; c'est la clause relative aux honoraires des avocats : Mommsen (*Strafrecht*, 706, 1; 714, 1) en fait la remarque. Il est interdit aux magistrats *pecunias capere*, de même qu'il est défendu aux avocats *pecuniam donumve accipere :* dans les deux cas, suivant Mommsen, la répétition a toujours été admise. Rien ne prouve qu'il en ait été de même pour la seconde clause de la loi qui prévoit un fait bien moins grave : nulle part elle n'est présentée comme une loi prohibitive, et la meilleure preuve qu'elle ne l'est pas, c'est que la donation est inattaquable lorsque le donataire l'a volontairement exécutée.

VI. Règles spéciales a certaines donations. — § 1er. *Donations faites par un ascendant à son descendant* in potestate. — Pendant longtemps, ces donations furent sans valeur : le fils de famille est un instrument d'acquisition pour son père; donner à son fils, c'est se donner à soi-même. Lorsqu'un père fait une donation à son fils, les biens donnés font partie du pécule du fils, mais, à la mort du père, ils rentrent dans la succession paternelle et se partagent entre tous les héritiers, à moins qu'ils n'aient été légués au fils par préciput (1). Au IIIe siècle, cette règle reçut un tempérament : on n'exige plus que les biens donnés soient légués à l'enfant donataire; il suffit de prouver que le père a persévéré jusqu'à sa mort dans son intention libérale (2).

§ 2. *Donations entre époux.* — Les donations entre époux ont été soumises à une règle spéciale aux derniers siècles de la République : elles sont interdites. La portée de cette prohibition a été modifiée par un Sc. proposé par Caracalla. Il y a donc deux périodes à distinguer dans l'histoire de ces donations.

A. La prohibition des donations entre époux a été introduite par *la coutume* postérieurement à la loi Cincia (3) : elle date de l'époque où le mariage *cum manu* commence à être délaissé, où les divorces se multiplient. Deux raisons, dit-on, l'ont fait établir. On a voulu : 1° empêcher les libéralités inconsidérées que l'affection réciproque des conjoints aurait seule motivées et qui les conduiraient à leur ruine (4) ; 2° empêcher que le maintien du mariage et la bonne harmonie entre les époux ne s'achetassent à prix d'argent (5). De ces deux raisons, la seconde seule est décisive : on a craint que la cupidité de l'un des conjoints n'arrache une donation à la faiblesse de l'autre. La première raison n'aurait trouvé qu'une sanction très imparfaite dans la prohibition des donations : dans bien des cas, le conjoint donataire aurait dissipé les biens, et le but aurait été manqué.

1° *Conditions requises pour l'application de la prohibition.* — Il faut : *a*) l'existence d'un mariage légitime entre le donateur et

(1) P. 123, 1. Pap., *Vat. fr.*, 294-296. Les biens donnés ne peuvent, du vivant du père, devenir la propriété du fils que dans le cas d'émancipation ; encore faut-il que le pécule ne lui soit pas retiré (Pap., D., XXXIX, 5, 31, 2).

(2) Diocl., *Vat. fr.*, 281 : *Recepta humanitate placuit...* Cf. pour le droit de Justinien, C., V, 16, 25.

(3) Ulp., 32 ad Sab., D., XXIV, 1, 1 : *Moribus apud nos receptum est.* Au temps de la loi Cincia, les conjoints figuraient parmi les personnes exceptées : les donations étaient donc permises même *ultra modum*.

(4) Proc., ap. Pomp., 14 ad Sab., D., XXIV, 1, 31, 7 ; Ulp., 32 ad Sab., *eod.*, 1.

(5) S. Cæc., ap. Paul, 7 ad Sab., *h. t.*, 2; *Oratio Antonini*, *eod.*, 3 pr.

le donataire (1) au moment où la donation a été faite (2); *b*) l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement simultané du donataire (3). L'appauvrissement doit résulter d'un fait actif et non d'une omission : la répudiation d'une hérédité en vue de gratifier le conjoint substitué ou héritier *ab* intestat ne constitue pas une donation prohibée (4). On est ici plus exigeant que d'ordinaire, parce qu'il s'agit d'annuler la donation. Mais il n'est pas nécessaire que la donation soit faite directement au conjoint : il suffit qu'il en profite, par exemple si elle faite à une personne placée sous sa puissance (5).

2° *Sanction.* — La donation prohibée est nulle *ipso jure* (6). *a*) Si elle a eu lieu par tradition, le donataire n'acquiert que la *possessio naturalis* protégée par l'interdit *unde vi* (7). — *b*) Si la donation a eu lieu par voie de promesse, le payement fait par le conjoint donateur ne transférera pas la propriété de l'argent livré : la revendication des écus sera possible tant qu'ils seront reconnaissables. — *c*) La question est plus délicate si le payement a été fait par un tiers délégué par le donateur. D'après Celsus, le débiteur est libéré (8) : le mari devient propriétaire des écus, bien qu'en fait il ne les ait pas reçus. Tout se passe comme si le débiteur eût payé entre les mains du mari une somme que celui-ci aurait remise à sa femme à titre de donation; le payement est valable, la donation nulle (9). —

(1) La nullité de la donation ne peut être invoquée par celui qui a contracté mariage en violation de la loi : il est exclu comme indigne, et les biens donnés sont attribués au fisc (Ulp., 33 ad Sab., *h. t.*, 32, 28).

(2) Ulpien (D., XXIII, 3, 12 pr.) annule la donation résultant d'une convention antérieure au mariage, mais réalisée après. Il y a là une exagération, puisqu'on admet les donations entre fiancés.

(3) Ulp., *h. t.*, 5, 8; Paul, 71 ad Ed., *eod.*, 14. Est valable la donation faite pour acheter un terrain destiné à servir de sépulture, pour rebâtir une maison incendiée; de même la donation *honoris causa* (Gaius, 11 ad Ed., prov., *h. t.*, 42).

(4) Ulp., *h. t.*, 5, 16; Jul., ap. Ulp., *eod.*, 5, 13. Il en est de même lorsque la donation a pour objet une chose qui n'appartient pas au donateur (Treb., ap. Pomp., 24 ad Q. Muc., D., XLI, 6, 3) : le donataire aura une juste cause pour usucaper; sous ce dernier rapport, la décision de Trebatius doit être critiquée : l'usucapion ne devrait pas être admise au profit de celui qui sait contrevenir à la loi (p. 246, 5).

(5) Ulp., *h. t.*, 3, 2; *Vat. fr.*, 269. Cf. J. Roman, *Nouv. Rev. hist.*, XXV, 629.

(6) Ulp., *h. t.*, 5, 3; Jul., *eod.*, 5, 4.

(7) P. 208, 1.

(8) Cels., ap. Ulp., *h. t.*, 3, 12. Cf. Jul., 5 ex Min., *eod.*, 39; ap. Afr., 7 Quæst., D., XLVI, 3, 38, 1; ap. Ulp., *h. t.*, 5, 4-5. L'interprétation de ces textes soulève des difficultés sur lesquelles on consultera Gradenwitz, *Die Ungültigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte*, p. 216; Riccobono, *Bull. di d. R.*, VIII, 199.

(9) Julien, au contraire, dit (*l. c.*) que le débiteur n'est pas libéré; il conserve la propriété des écus, à moins qu'ils n'aient été dépensés par la femme; il a, suivant les cas, la revendication ou une *condictio* fondée sur un enrichissement injuste. Julien admet toutefois que le débiteur peut opposer une exception de dol au délégant s'il est prêt à lui céder ses actions contre le conjoint délégataire. Le débiteur ne

d) L'acceptilation faite *donationis causa* est nulle même si le conjoint a un codébiteur solidaire. Si l'acceptilation était consentie au codébiteur solidaire du conjoint, le codébiteur seul serait libéré (1) : c'est une dérogation au droit commun, à l'effet absolu de l'acceptilation ; elle est d'autant plus surprenante qu'elle n'a pas été admise dans un cas analogue, pour l'application des lois caducaires : le legs de libération fait à un codébiteur solidaire capable profite à son codébiteur incapable (2).

3° *Donation déguisée.* — Le droit romain n'a pas, comme le Code civil (art. 1595), étendu aux contrats entre époux la prohibition des donations : la vente faite de bonne foi est valable entre époux, même si elle est consentie pour un prix inférieur à la valeur réelle de la chose. Il suffit qu'il n'y ait pas intention de donner (3). Dans le cas contraire, la donation déguisée sous l'apparence d'une vente est nulle. A cette règle, Neratius apporte un tempérament : si l'époux vendeur avait l'intention de se défaire de la chose et qu'il se soit contenté, pour gratifier son conjoint, de lui céder cette chose à un prix inférieur à sa valeur réelle, la vente sera maintenue, mais le vendeur pourra réclamer la portion du prix dont l'époux acheteur s'est enrichi (4). — La donation déguisée sous l'apparence d'un contrat de société est nulle par application de la règle qui frappe de nullité, même entre étrangers, les sociétés contractées *donandi animo* (5).

4° *Atténuation à la rigueur des poursuites contre le conjoint donataire.* — Par application du principe, cité p. 682, 3, on écarte, dans les rapports entre époux, les conséquences trop rigoureuses du droit commun : *a)* Si le conjoint, défendeur à la revendication, refuse de restituer, le *juramentum in litem* n'est pas admis ;

devrait-il pas être libéré *ipso jure* par le payement suivant la règle (Paul, 5 ad Plaut., D., XLVI, 3, 61) : *Quoties id quod tibi debeam ad te pervenit et tibi nihil absit, nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio ?* Non, car l'argent qu'il a payé n'est pas censé être parvenu au mari. En fait, l'opinion de Julien aboutit au même résultat que celle de Celsus, mais par une voie moins directe : elle a l'inconvénient de compliquer les rapports existant entre les parties. L'opinion de Celsus est plus simple, plus pratique ; elle réalise un progrès.

(1) Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 5, 1.

(2) Paul, 6 ad l. Jul., D., XXXIV, 3, 29. Ulpien lui-même (*h. t.*, 5, 6-7) adopte une solution moins rigoureuse : il laisse l'acte extinctif (non usage d'une servitude) produire son effet normal, mais il autorise une *condictio* contre le donataire après la dissolution du mariage.

(3) Sev., Car., ap. Ulp., *h. t.*, 7, 6 ; Pomp., 14 ad Sab., *eod.*, 31, 3.

(4) Ner., Pomp., ap. Ulp., *h. t.*, 5, 5. Cette distinction est étrangère à Julien.

(5) Ulp., D., XVII, 2, 5, 2 ; XXIV, 1, 32, 24. Pour les donations résultant d'une négligence volontaire (non usage d'une servitude, renonciation à une exception qui aurait entraîné l'absolution du conjoint), le donateur peut, après le divorce, répéter la valeur dont le conjoint s'est enrichi (Ulp., *h. t.*, 5, 6-7 ; Ner., 44. Cf. Machelard, *Dissertations*, 282).

le défendeur payera seulement la valeur véritable de la chose, mais il doit garantir son conjoint contre l'éviction ; cette promesse est d'ailleurs réduite au simple (1). — *b*) Si la revendication n'est pas possible et qu'on doive recourir à la *condictio*, le donataire n'est tenu que dans la mesure de son enrichissement, apprécié lors de la *litis contestatio* (2). — *c*) Si le donataire a vendu l'objet donné et qu'il en ait acquis à la place un autre qui a péri, les risques sont pour le donateur (3). — *d*) A l'inverse, et comme compensation, si le donataire est insolvable, on accorde au donateur une action utile pour réclamer les choses acquises avec l'argent donné (4).

B. Sénatusconsulte de Caracalla. — Le régime appliqué aux donations entre époux, a été atténué en 206. Jusqu'alors le donateur n'avait qu'un moyen de conserver à son conjoint le bénéfice de la donation : c'était de lui léguer les biens qu'il lui avait donnés. Le Sc. rendit inutile cette confirmation de la donation : si le donateur vient à mourir sans avoir révoqué la donation, ses héritiers ne sont plus recevables à l'attaquer (5). Il faut se garder d'en conclure que désormais les donations entre époux sont valables, mais révocables à volonté : la donation reste nulle, mais la nullité est susceptible de se couvrir (6).

La portée de ce Sc. a donné lieu à des divergences : tandis que Papinien la restreint aux *donationes rerum* (7), Ulpien l'étend à toute espèce de donation (8). Cette extension ne peut s'expli-

(1) Ped., ap. Paul, 36 ad Ed., *h. t.*, 36.

(2) Ulp., *h. t.*, 5, 18 ; 7.

(3) Pomp., 14 ad Sab., *h. t.*, 29 pr. Au 1er siècle, Fulcinius Priscus laissait les risques à la charge du donataire.

(4) Paul (*h. t.*, 55) accordait seulement une *condictio* utile ; une phrase, ajoutée par les compilateurs, mentionne, en outre, une revendication utile.

(5) Ulp., *h. t.*, 32, 2 : *Ait Oratio : fas esse, eum qui donavit, pœnitere : heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus, qui donaverit, durum et avarum esse.*

(6) Ulp., *h. t.*, 32, 13 ; 33-35. Il en est autrement en droit français ; d'après l'art. 1096, les donations entre époux sont valables, mais révocables à volonté.

(7) Pap., ap. Ulp., 6 ad Sab., *h. t.*, 23. Le texte du Sc. vise les *donationes rerum* : il emploie le mot *eripere* qui ne peut s'entendre que d'un objet livré par le donateur. Même ainsi restreinte, la règle introduite par le Sénat est difficile à expliquer théoriquement : on ne conçoit pas qu'un acte, nul dès le principe, devienne valable, parce que celui qui en a eu l'initiative est décédé. La prohibition des donations entre époux étant motivée par l'état de mariage, on aurait dû laisser l'acte en suspens tant que le mariage subsiste ; mais, alors, la donation devrait devenir efficace, quel que fût le mode de dissolution du mariage : divorce, mort du donataire ou du donateur.

(8) Ulp., *h. t.*, 32, 1 ; 33 : promesse d'une rente annuelle ; 32, 2 : acceptilation. Cette extension est sujette à critique : la pensée qui a inspiré le Sénat, c'est que l'héritier du donateur n'enlève pas au donataire ce que le donateur a mis lui-même entre ses mains. Mais lorsque le donateur n'a pas jugé bon de tenir sa promesse, pourquoi forcer son héritier à l'accomplir ? En retirant à l'héritier le droit d'attaquer une *donatio rerum*, le Sc. se borne à consacrer l'état de fait établi par le donateur. En appliquant

quer que par l'assimilation de la donation entre vifs à une donation à cause de mort (1) : comme la donation à cause de mort, elle ne produit d'effet qu'à la mort du donateur, et sous la condition de la survie du donataire.

II

DONATIONS A CAUSE DE MORT.

La donation à cause de mort est en général une libéralité faite entre vifs, en vue d'un péril imminent (2) ; elle est révocable au gré du donateur (3), et en cas de prédécès du donataire. Comme la donation entre vifs, elle se réalise par voie de dation, de promesse ou de libération. Elle n'est parfaite qu'au décès du donateur (4). — Dans une acception plus large, on appelle donation *m. c.* une libéralité faite, en dehors de tout danger immédiat, en vue de la mort du donateur (5) ou d'un tiers (6), qu'elle soit subordonnée ou non au prédécès du donateur (7).

I. Caractère et but. — Le caractère et le but de cet acte varient suivant les cas : 1° La donation *m. c.* ressemble au legs lorsqu'elle est révocable au gré du donateur et subordonnée à son prédécès. Pendant longtemps elle fournit un moyen de faire une libéralité non soumise aux restrictions à la liberté de léguer résultant des lois caducaires ou de la loi Falcidie, et qui, en cas d'insolvabilité de la succession du donateur, ne pouvait être attaquée si elle n'était frauduleuse (8). 2° La donation *m. c.* ressemble à la

le Sc. à la donation par voie de promesse, Ulpien va contre la volonté présumée du donateur. Cf. Machelard, 299; Gradenwitz, 249.

(1) Cette assimilation n'a pas été maintenue par Justinien ; la donation entre époux est traitée comme une donation entre vifs, quant à sa formation par un simple pacte (Nov., 162, 1) et quant à l'insinuation (C., V, 16, 25). Cf. p. 839, 1.

(2) Paul, 7 ad Sab., D., XXXIX, 6, 3; 6.

(3) Jul., 29 Dig., *eod.*, 16.

(4) Lab., ap. Fest., v° *Mortis causa;* Ulp., 76 ad Ed., *h. t.*, 32. Le donateur, dit Marcien (*h. t.*, 1 pr.), se préfère au donataire, mais le préfère à ses héritiers.

(5) Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 2 : *Sola cogitatione mortalitatis;* Fest., *l. c.*

(6) Jul., 60 Dig., *h. t.*, 18 pr. La donation est ici parfaite au décès du tiers.

(7) Julien (17 Dig., D., XXXIX, 5, 1 pr.) n'admettait pas la donation *m. c.* irrévocable : c'est une extension due à son annotateur Marcellus (*h.t.*, 13, 1 : *Ut nullo casu sit ejus repetitio ;* cf. Paul, *h. t.*, 35, 4).

(8) L'idée de recourir à un acte entre vifs pour disposer à cause de mort n'était pas nouvelle. Comme la *familiæ mancipatio* (I, 296), la donation *m. c.* avait lieu souvent en vue d'un péril imminent; comme elle aussi, elle pouvait avoir pour objet un patrimoine (Pap., *h. t.*, 42 : où *traditionibus* a été substitué à *mancipationibus :* p. 696, 1); on mancipait individuellement les *res mancipi* qui le composaient, comme cela se faisait anciennement dans la *familiæ mancipatio* (I, 299, 1). Mais le donataire *m. c.* n'est pas, comme le *familiæ emptor*, une sorte d'exécuteur testamentaire : il est le seul gratifié.

donation entre vifs lorsque le donateur renonce à la faculté de la révoquer (1). Elle n'est dès lors soumise qu'à une chance de révocation : le prédécès du donataire. C'est là une condition casuelle qui ne répugne point à la nature de la donation entre vifs (2). La donation *m. c.*, faite sous cette seule condition, permet de gratifier le donataire du vivant du donateur, tout en réservant les droits de celui-ci et de ses héritiers en cas de prédécès du donataire. 3° La donation *m. c.* est une véritable donation entre vifs lorsqu'il est convenu qu'elle ne pourra, en aucun cas, être révoquée. On la qualifie *mortis causa* parce qu'elle est inspirée par la pensée de la mort (3).

La distinction de ces diverses sortes de donations *m. c.* (4) paraît avoir été motivée par le désir de restreindre la prohibition des donations entre époux : la donation *m. c.*, révocable au gré du donateur ou en cas de prédécès du donataire, est valable ; seule la donation *m. c.* irrévocable est prohibée (5). On a ensuite utilisé cette distinction dans l'intérêt des créanciers du donateur : s'il meurt insolvable, il ne sera pas nécessaire, pour faire tomber la donation, de prouver qu'elle est frauduleuse ; elle sera caduque de plein droit comme un legs ou un fidéicommis. Mais cela n'est vrai que de la donation révocable au gré du donateur : dans ce cas, en effet, les créanciers, en reprenant les biens donnés, ne font qu'exercer un droit qui appartenait à leur débiteur. Dans tout autre cas, les créanciers restent soumis au droit commun et ne peuvent attaquer la donation que par l'action Paulienne (6).

(1) La donation *m. c.* est alors irrévocable comme une donation entre vifs. L'irrévocabilité des donations n'a pas à Rome le même sens qu'en droit moderne : la donation entre vifs est irrévocable en principe, mais le donateur peut se réserver la faculté de révoquer (Diocl., C., VIII, 53, 9 ; 54, 4 ; Constantin, VIII, 53, 25 pr.) ; dans la donation à cause de mort, cette réserve est inutile : la donation est révocable *ad nutum*, à moins de renonciation du donateur. Aujourd'hui, au contraire, le Code civil (art. 893, 943, 946) défend, à l'exemple du droit coutumier, les donations faites sous des clauses conférant au donateur un moyen direct ou indirect de reprendre ce qu'il a donné. Cf. Labbé, sur *Ortolan*, II, 733

(2) Même en droit français, où les donations à cause de mort ne sont pas admises (C. civ., 893), on peut faire une donation sous la condition de survie du donataire (Cass., 8 nov. 1886, Sirey, 1887, 1, 33 ; Lyon, 5 janv. 1891, Dalloz, 1892, 2, 509). Cf. Planiol, III, 2522.

(3) Marc., 5 Reg., *h. t.*, 27 : *Causa donandi magis est quam m. c. donatio.*

(4) Cette distinction est généralement admise. Cf. Pellat, *Textes choisis*, 155 ; Labbé, *op. cit.* ; contra : Glasson, *Donations à cause de mort*, 1870, p. 136.

(5) Un jurisconsulte du Ier siècle, Falcinius, admet la validité de la donation *m. c.* entre époux, lorsque le donateur a eu *justissimum mortis metum*. D'après Neratius, il suffit que le donateur ait cru qu'il allait mourir sans qu'on ait à rechercher si cette croyance a été juste (*h. t.*, 43). Julien (ap. Ulp., D., XXIV, 1, 11, 1) n'exige même pas cette condition : il autorise la donation *m. c.* non révocable au gré du donateur.

(6) P. 491, 2. Jul., 47 Dig., *h. t.*, 17.

L'assimilation des donations *m. c.* révocables *ad nutum* et des legs n'a pas été limitée au cas spécial qui vient d'être indiqué : un Sc., de date inconnue (1), traite ces donations comme des legs quant à l'application des lois caducaires ; un rescrit de S. Sévère en fit autant pour la loi Falcidie (I, 549, 2). Les jurisconsultes de la fin du IIe et ceux du IIIe siècle sont allés plus avant dans cette voie : ils ont appliqué aux donations *m. c.* révocables un certain nombre de règles édictées pour les legs (2).

II. Sanction du droit de révocation. — Cette sanction varie suivant que la donation *m. c.* a été faite sous condition résolutoire ou sous condition suspensive, par voie de dation, de promesse ou de libération.

§ 1er. *Donation par voie de dation.* — 1° La donation *m. c.* est ordinairement un acte juridique pur et simple, soumis à des chances de révocation ; c'est le cas normal et vraisemblablement originaire. Le donateur aliène actuellement une valeur au profit du donataire (3). Si la chance de révocation se réalise, le donateur qui échappe au danger ou qui revient à la santé ou se repent d'avoir donné, peut réclamer la valeur aliénée : cette valeur est sans cause dans le patrimoine du donataire ; il y a lieu à une *condictio* (4). Cette *condictio* fera en outre obtenir, le cas échéant, les fruits et accessoires de la chose (5). 2° La *condictio*, simple action personnelle, n'était pas toujours efficace : il était préférable, surtout quand la donation n'était pas faite en vue d'un péril imminent, de laisser en suspens le transfert de propriété (6). En cas de révocation, le donateur avait l'action

(1) Le Sc. est postérieur à Domitien qui ne retire aux *probrosæ feminæ* que le *jus capiendi legata hereditatesque* (Suet., *Dom.*, 8), antérieur à Paul (*h. t.*, 9 ; 35 ; 37).

(2) Voir l'énumération dans Glasson, *op. cit.*, 169. On a parfois prétendu que l'assimilation des donations *m. c.* aux legs avait prévalu à l'époque classique (Petit, *Traité de droit romain*, p. 423, 1), mais le texte sur lequel on s'appuie (Ulp., *h. t.*, 37 pr.), extrait d'un commentaire sur les lois caducaires, n'a pas la portée générale qu'on lui attribue. Cf. Glasson, 94.

(3) Jul., ap. Ulp., *h. t.*, 2 : *Cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis.*

(4) Les Sabiniens justifient autrement la concession de la *condictio* : elle résulte d'un *negotium gestum* entre le donateur et le donataire (ap. Paul, *h. t.*, 35, 3) ; il y a ici un rapport analogue à un contrat. Cette idée est acceptée par Julien qui rapproche la donation *m. c.* du *mutuum* (p. 500, 3) ; il y a même un texte (*h. t.*, 18, 1) où il laisse au donateur le choix entre la *condictio* et une action prétorienne *in factum*. Quelques auteurs ont cru que cette dernière action est une action *præscriptis verbis*, et ils ont conclu à l'existence d'une controverse entre Sabiniens et Proculiens. Cette conclusion ne saurait être admise, car on a vu (p. 444, 7) que Julien accorde une action *in factum* là où les Proculiens donnaient une action *præscriptis verbis*.

(5) Paul, 6 ad l. Jul. et Pap., D., XII, 4, 12 ; 6 ad Plaut., D., XXII, 1, 38, 3.

(6) Jul., ap. Ulp., *l. c.* : *Si quis periculo motus non sic det ut statim faciat accipientis, sed tunc demum cum mors fuerit insecuta.* Ulpien (p. 423, 1) a proposé d'accorder la revendication dans le cas même où la donation a eu lieu sous condition

réelle en revendication pour reprendre les biens donnés (1). Il n'était pas exposé, comme avec la *condictio*, aux risques d'insolvabilité du donataire ; et si la chose était aux mains d'un tiers acquéreur, il avait chance de la recouvrer en nature grâce à l'*arbitrium judicis* (p. 258, 6) (2).

§ 2. *Donation par voie de promesse.* — Si les causes de révocation ont été exprimées comme une condition de la promesse, la promesse s'évanouit lorsque la condition se réalise : le donateur est libéré de plein droit (3). Dans le cas contraire, il exercera une *condictio* pour obtenir sa libération. Cette distinction ne s'applique pas à la donation *m. c.* entre époux, qui est toujours réputée conditionnelle (4).

§ 3. *Donation par voie de libération.* — Le donateur exercera la *condictio* pour forcer le donataire à s'obliger à nouveau envers lui pour l'intégralité de la créance primitive, et ce, même si le donataire est devenu insolvable ou a été libéré *tempore* (5).

résolutoire : *potest defendi in rem competere donatori.* Mais cette opinion, contraire aux principes généraux, est restée isolée à l'époque classique; elle n'a été consacrée que par Justinien (C., VIII, 55, 2). Elle était dangereuse pour les tiers qui ignoraient que le droit du donataire fût résoluble: aucune mesure de publicité n'était prise pour les informer des droits réels grevant la chose.

(1) Elle lui servait également à réclamer les fruits et accessoires (p. 260). De son côté le donataire peut, comme un possesseur de bonne foi, se faire tenir compte de ses impenses nécessaires et utiles (Jul., 18 Dig., *h. t.*, 14). Cf. p. 262, 2.

(2) Si la donation *m. c.* a été faite par voie d'aliénation fiduciaire, le droit de révocation est sanctionné par l'action *fiduciæ directa.* L'emploi de l'aliénation fiduciaire pour réaliser la donation *m. c.*, paraît attesté par un texte interpolé de Papinien (p. 381, 1) : la réserve de l'usufruit ne peut pas résulter d'une tradition, mais d'une mancipation ; il faut donc lire : *mancipationibus factis.* Puis la clause *ut si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret,* sanctionnée par une action de bonne foi, indique un pacte de fiducie (Cf. Keller, *Z. f. g. Rw.*, XII, 400; Pernice, *Labeo*, III, 264, 1). Karlowa (II, 570) croit plutôt qu'il s'agit d'une action *præscriptis verbis*, mais il n'est pas certain que cette action ait servi à obtenir la restitution d'un objet donné (p. 447). L'aliénation fiduciaire est d'autant plus probable que la donation *m. c.* a ici pour objet un patrimoine, comme l'antique *familiæ mancipatio* (Cuq, *Recherches historiques sur le testament*, per æs et libram, 48).

(3) Tryph., 9 Disp., D., XXIII, 3, 76; Jav., D., XXIV, 1, 20; Ulp., *eod.*, 11, 9.

(4) Pap., 10 Quæst., D., XXIV, 1, 52, 1 : *Nam quo casu inter exteros condictio nascitur, inter maritos nihil agitur.*

(5) Jul., ap. Gaium, 8 ad Ed. prov., *h. t.*, 31, 1, 3-4; Afr., 9 Quæst., *h. t.*, 24.

LIVRE VI

LES ACTIONS ET LA PROCÉDURE.

CHAPITRE PREMIER

Les actions et les autres voies de droit.

I

ACTIONS, INTERDITS, STIPULATIONS PRÉTORIENNES.

I. Actions. — § 1er. *Notion de l'action.* — La notion classique de l'action diffère profondément de la notion antique. Jadis le mot *actio*, dans son application à la procédure, désignait les solennités à observer pour être autorisé à se faire justice (I, 406). La victime d'un tort n'était pas admise à tirer vengeance de l'acte dont elle avait souffert avant d'avoir fait constater publiquement la légitimité de sa prétention. C'était une restriction au système de la justice privée, et cette restriction était d'autant plus importante que l'un des éléments de la solennité à observer consistait, sauf pour la *pignoris capio* (I. 429), dans la présence du magistrat; celui-ci, il est vrai, jouait un rôle plutôt passif : il pouvait cependant refuser son concours lorsqu'on voulait accomplir l'action de la loi en violation des lois religieuses ou civiles (1). Une autre restriction consistait à limiter la vengeance dans une mesure déterminée : sauf le cas où la peine du talion était admise au moins théoriquement, la victime ne pouvait exiger que le montant de la composition fixée par la loi ou évaluée par un juge ou des arbitres ; peut-être, en matière réelle, pouvait-elle reprendre elle-même sa chose (I, 425-426).

A l'époque classique, on ne s'est plus contenté de soumettre au contrôle de l'État l'exercice de la justice privée : on a définitivement écarté les conséquences de ce système. Les actions de

(1) Par exemple un jour néfaste, ou en vertu d'une donation contraire à la loi Cincia.

la loi ont été successivement supprimées par la loi Æbutia et par deux lois *Juliæ*. Cette innovation, radicale en apparence, fut préparée par l'usage où étaient les Romains de soumettre d'un commun accord certains différends à un arbitre, en demandant au Préteur de conférer à cet arbitre les pouvoirs d'un juge (I, 690). Désormais l'action se définit : le droit de poursuivre en justice ce qui nous est dû (1).

§ 2. *Exclusion du système de la justice privée.* — Les Romains ont fort bien compris les deux vices essentiels du système de la justice privée : il provoque entre les familles des conflits contraires à l'ordre social ; il tend à l'oppression des faibles sous la loi du plus fort. Un grand État ne saurait s'accommoder d'un tel régime : on ne doit pas, dit Paul, autoriser les particuliers à faire ce qui peut l'être par les magistrats, *ne occasio sit majoris tumultus faciendi* (2). L'autorité publique a le devoir d'assurer à tous une justice égale et de faire respecter par les moyens dont elle dispose les droits méconnus. Elle n'a pas d'ailleurs d'initiative à prendre : son intervention doit être requise et l'existence du droit judiciairement démontrée.

Cette réaction contre les mœurs antiques ne s'est pas opérée sans quelque résistance : l'édit prétorien, la loi, les constitutions impériales ont dû prendre des mesures contre ceux qui tentaient de se faire justice (3). Une seule exception a été faite pour le cas de légitime défense. Le Sabinien Cassius déclare que la nature nous donne le droit de repousser la force par la force (4). Que la violence menace notre personne ou nos biens (5), il n'importe ; mais la défense doit être immédiate (6). Cette réserve est néces-

(1) Cels., 3 Dig., D., XLIV, 7, 51 : *Actio nihil aliud est quam jus quod sibi debeatur judicio persequendi.*

(2) 13 ad Plaut., D., L, 17, 176.

(3) Tel fut l'objet de l'interdit *quod legatorum* (p. 664, 2) et, à certains égards, des interdits *unde vi* et *uti possidetis* (p. 216, 3. Ulp., D., XLIII, 16, 1, 1 ; 17, 1, 4). La loi Julia *de vi* édicte une peine sévère contre le créancier qui use de violence pour se faire payer par son débiteur (Jul., ap. Ulp., 11 ad Ed., D., IV, 2, 12, 2 ; Mod., D., XLVIII, 7, 8). Un décret de Marc-Aurèle déclare déchu de son droit le créancier qui, même sans violence, s'emparera des biens de son débiteur sans y être autorisé par le juge (Sev., Carac., C., VIII, 13, 3 ; Callistr., D., XLVIII, 7, 7. Cf. Monnier, *Études*, II, 46). Il en serait autrement si le débiteur avait pris la fuite emportant son argent : le créancier qui s'est mis à sa poursuite et a réussi à lui reprendre le montant de sa créance échappe à l'action Paulienne, pourvu que le fait soit antérieur à l'envoi en possession de la masse des créanciers (Jul., ap. Ulp., 73 ad Ed., D., XLII, 8, 10, 16). Cf. p. 490, 10

(4) Ap. Ulp., 69 ad Ed., D., XLIII, 16, 1, 27.

(5) Gaius, 7 ad Ed. prov., D., IX, 2, 4 pr. ; Diocl., C., VIII, 4, 1 : *Recte possidenti ad defendendam possessionem quam sine vitio tenebat inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulsare licet.*

(6) Ulp., D., XLIII, 16, 3, 9.

saire : si la victime laisse écouler un délai, si bref qu'il soit, il ne peut plus être question de légitime défense ; on rentre dans le droit commun, et le recours aux tribunaux est nécessaire.

De cette analogie avec le droit moderne, il faut bien se garder de conclure à une identité. Aujourd'hui, tous les procès se ressemblent au moins extérieurement ; on ne se préoccupe de la nature du droit contesté qu'au point de vue de la compétence. Il en est tout autrement à Rome : on peut dire qu'il y a autant d'actions que de droits. Chaque action emprunte au droit qu'elle sanctionne ses traits caractéristiques. Entre le droit et l'action il y a un rapport si intime que l'on conclut souvent de l'existence de l'action à celle du droit. Cette variété, cette multiplicité d'actions forme contraste avec l'uniformité du système moderne. Aussi toute étude de la procédure romaine a-t-elle pour préliminaire indispensable une étude du système des actions.

§ 3. *Divisions des actions.* — Les actions se divisent : 1° d'après le droit qui leur sert de fondement, en actions personnelles ou réelles ; 2° d'après leur objet, en actions *rei persecutoriæ*, ou pénales ; 3° d'après les personnes qui peuvent les exercer, en actions privées ou populaires ; 4° d'après leur durée, en actions perpétuelles ou temporaires, transmissibles ou intransmissibles.

Si ces distinctions étaient les seules, le système des actions romaines présenterait un caractère rationnel et se rapprocherait du système moderne. Mais, lorsqu'on y regarde de près, les divisions se multiplient, portant la trace du développement progressif de la législation : les actions sont civiles ou honoraires, directes ou utiles, *in factum* ou *in jus ;* celles-ci sont à leur tour de droit strict ou de bonne foi. A côté des actions proprement dites, il y a les interdits et les *persecutiones extra ordinem*. C'est là une complication qui tient, non pas à des nécessités pratiques, mais à des circonstances purement accidentelles. Aussi le système des actions romaines, indispensable à connaître lorsqu'on veut pénétrer le fonctionnement des institutions juridiques, n'a-t-il plus aujourd'hui qu'un intérêt historique.

1° *Actions personnelles, actions réelles.* — La distinction des actions personnelles et des actions réelles correspond, en principe, à la distinction des droits de créance et des droits réels. L'action personnelle est la sanction d'une obligation : elle s'exerce contre une personne déterminée, celle qui est tenue à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose (1). Que l'obli-

(1) Ulp., Reg., D., XLIV, 7, 25 pr. : *In personam actio est qua cum eo agimus qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum ; et semper adversus eumdem locum habet ;* Inst., IV, 6, 1.

gation dérive d'un contrat, d'un délit ou de toute autre cause, il n'importe. L'action réelle est avant tout la sanction des droits que nous avons sur les choses : de là son nom *actio in rem.* L'action réelle par excellence est la revendication (1). Sont également réelles les actions qui sanctionnent les droits de servitude ou d'hypothèque (confessoire, quasi-servienne, etc.). Dans un sens large, on range parmi les actions réelles toute action qui ne sanctionne pas une obligation (2) et qui, par suite, ne s'exerce pas contre une personne déterminée à l'avance (pétition d'hérédité, actions relatives à l'état des personnes) (3).

Cette notion des actions personnelles ou réelles n'a pas été rigoureusement maintenue. Il y a quelques actions personnelles *in rem scriptæ*, en ce sens qu'elles ne se donnent pas exclusivement contre une personne déterminée : telle est l'action *quod metus causa*, qui peut être intentée contre quiconque a tiré profit de la violence commise au préjudice du demandeur (4). D'autre part, les actions réelles font à certains égards fonction d'actions personnelles : tel est le cas de la pétition d'hérédité et même de la revendication (p. 259; 645).

2° *Actions* rei persecutoriæ, *actions pénales.* — Sont *rei persecutoriæ* les actions par lesquelles nous réclamons une chose ou une valeur qui manque à notre patrimoine; elles ont pour but d'éviter une perte au demandeur : telles sont les actions réelles, presque toutes les actions contractuelles ou quasi-contractuelles, quelques actions données à l'occasion d'un délit comme la *condictio furtiva*, l'action *rerum amotarum.* Les actions pénales ont pour but d'infliger une peine au défendeur (5).

3° *Actions privées, actions populaires.* — Les actions sont, en principe, la sanction des droits appartenant aux particuliers : ce sont des actions privées. Il y a cependant un certain nombre d'actions pénales destinées à réprimer quelques délits commis

(1) P. 253. Ulp., *eod. : In rem actio est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur petimus ; et semper adversus eum est qui rem possidet.*

(2) Inst., IV, 6, 1 : *Aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam.*

(3) On remarquera que le mot *actio* est appliqué aux actions réelles *(petitiones)* aussi bien qu'aux actions personnelles, bien que, d'après la définition de Celsus, il convienne plutôt aux actions personnelles. Ulpien confirme cette double acception du mot *actio* (49 ad Sab., D., L, 16, 178, 2 ; cf. Pomp., D., XLIV, 7, 37).

(4) P. 484, 4. Autres exemples : action *aquæ pluviæ arcendæ* (Paul, D., XXXIX, 3, 12) ; interdit *quod vi aut clam* (Ulp., D., XLIII, 24, 15 pr.). Cf. p. 478.

(5) Gaius, IV, 6-8. L'intérêt pratique de cette classification des actions a été indiqué p. 464. D'après Inst. (IV, 6, 17), il y aurait aussi des actions mixtes : voir p. 465, 1.

au préjudice de l'État (péculat, dommage causé *injuria*, nouvel œuvre) (1) ou même de simples contraventions à des règlements municipaux (2), ou à l'Édit du Préteur (3). L'exercice en est confié à tout citoyen : ce sont des actions populaires.

Les actions populaires sont de deux sortes : les unes établies par la loi, les autres par l'Édit. Les délits sanctionnés par les premières doivent, en principe, être punis par les magistrats de la cité, en usant des moyens de coercition dont ils disposent (saisie d'un gage, amende arbitraire) (4) ; mais, par une singularité remarquable, on leur laisse la faculté de demander au Préteur, ou à celui d'entre eux qui est chargé de l'administration de la justice, l'organisation d'une instance (5) tendant, suivant les cas, à la réparation du dommage ou à une amende fixe (6) : la justice civile est substituée à la justice administrative à la requête des représentants de la cité (7). Cette singularité n'est pas la seule : la faculté de demander l'intervention de la justice civile a été étendue à de simples particuliers. La loi, se défiant du zèle des magistrats, permet à tout citoyen de prendre en mains la défense de l'intérêt public. Cette faculté ne lui confère pas plus de droit que n'en aurait le magistrat : comme lui, le citoyen agit au nom et pour le compte de la cité (8). Peut-être recevait-il, à titre de prime, une part de l'amende infligée au délinquant (9).

(1) Loi de Salpensa, c. 67. Loi de Tarente, l. 4 (*Nouv. Rev. hist.*, XX, 113). Cic., *Brut.*, 34 (t. Ier, 585, 3); Ulp., D., XXXIX, 1, 3, 4; Paul, *eod.*, 4.

(2) *Lex Luci Lucerini* : *C. I. L.*, IX, 782. Loi de Malaga, c. 58, 62, 67. Loi agraire de J. César de 695 *de termino moto* (Callistr., D., XLVII, 21, 3 pr.).

(3) Exemples : action *de albo corrupto* (Ulp., 3 ad Ed., D., II, 1, 7 pr.), *de effusis et dejectis* (p. 480, 2). Il y a aussi des interdits populaires *de via publica*, *de flumine publico* (Ulp., D., XLIII, 8, 2, 34; 13, 1, 9), etc., et un interdit établi par faveur pour la liberté *de homine libero exhibendo* (Ulp., D., XLIII, 29, 3, 9).

(4) *Lex luci Lucerini* (du vie siècle) : *Seive mac[i]steratus volet multare, [li]cetod* (*C. I. L.*, VI, 3823).

(5) Loi latine de Bantia (*C. I. L.*, I, 197, l. 8) : *Seive advorsus hance legem fecerit... eam pequniam quei volet magistratus exsigito. Sei postulabit quei petet, pr[œtor] recuperatores... dato jubetoque eum, sei ita pariat, condumnari popul[o]*. La loi attribue ici au Préteur une compétence spéciale, car en principe il ne connaît que des procès entre particuliers.

(6) *Lex luci Lucerini* : *[Ceiv]ium quis volet pro joudicatod n. L, manum injectio estod.* Il y a un exemple d'action en revendication exercée *de aqua*. Fest., v° *Vindiciæ : Cato in ea, quam scribsit[in] L. Furi[um] de aqua... s prætores secundum populum vindicias dicunt.*

(7) Il y a aussi quelques cas où un citoyen est chargé d'intenter une action dans l'intérêt public. Cf. l'édit d'Auguste sur l'aqueduc de Vénafre : *Is cui ex decreto decurionum... negotium datum erit agenti...* (Loi de Genetiva Julia, c. 61).

(8) Paul, D., XXXIX, 1, 8, 3 : *Quoniam de eo opere alieno jure contendo, non meo, et tanquam alieni juris petitor.* Dès le temps des actions de la loi, il était permis d'agir *pro populo* (Gaius, IV, 82). Cf. t. Ier, 408.

(9) Gaius, D., XXIX, 5, 25, 2 ; cf. Plaut., *Pers.*, V, 66-70 (action populaire

Il en est tout autrement des actions populaires prétoriennes (1) : comme toutes les actions créées par le Préteur, ce sont des actions privées. Celui qui exerce une de ces actions populaires agit pour son compte personnel et à son profit exclusif (2). Ces actions ont été créées en vue de remédier à certaines imperfections de l'administration de la justice. Pour réprimer efficacement des contraventions qui, pour la plupart, ont trait à la police de la voirie ou des cours d'eaux, il aurait fallu donner aux magistrats les moyens de les découvrir. Mais la police était organisée d'une façon trop insuffisante pour que la surveillance fût effective : on fit des bons citoyens les auxiliaires des magistrats. Leur zèle pour le bien public trouvait un stimulant et une récompense dans le montant de la condamnation qu'ils obtenaient contre le délinquant ; mais le droit ne comptait dans leur patrimoine qu'à dater de la *litis contestatio* (3). C'était au plus diligent à s'en assurer le bénéfice.

Le Préteur a apporté quelques restrictions à l'exercice de ce droit : s'il y a concurrence entre plusieurs citoyens pour intenter l'action populaire, il donne la préférence à celui qui justifie d'un intérêt ou qui lui paraît plus apte à exercer la poursuite (4). Sont exclus les femmes et les impubères, à moins qu'ils n'aient intérêt, les personnes privées du *jus postulandi*, celles qui sont suspectes d'agir par collusion ou par chicane (5). Enfin le Préteur exige qu'on agisse en personne; seul, celui qui a intérêt peut être admis à constituer un *procurator* (6).

Quelques actions populaires sont données à titre subsidiaire : telle est l'action publique de la loi Plætoria, la *postulatio suspecti tutoris*, l'action *de sepulcro violato*. Ces actions sanctionnent des actes illicites commis au préjudice d'un particulier : elles ont été

contre les usuriers donnant lieu à la *manus injectio* et soumise au jugement des *tres viri capitales* institués par la loi Papiria : Fest., v° *Sacramento*).

(1) La question est controversée ; mais l'opinion contraire de Mommsen (*Stadtrechte von Salpensa*, 1855, p. 461) n'est guère aujourd'hui défendue. Cf. Bruns, *Z. f. Rg.*, III, 141 ; Maschke, *Z. Sav. St.*, VI, 226 ; Costa, *Riv. Ital.*, XI, 358 ; Voigt, *Rg.*, I, 397 ; II, 405 ; Karlowa, II, 979.

(2) Paul, 9 ad Ed., D., III, 3, 43, 2 : *In popularibus actionibus, ubi qui quasi unus ex populo agit, defensionem ut procurator præstare cogendus non est.* C'est une conséquence de la communauté existant anciennement entre tous les citoyens. Cf. Jhering, I, 202-205.

(3) Mæc., 9 Fid., D., XXXV, 2, 32 pr. ; Ulp., 6 ad Ed., D., L., 16, 12. A dater de ce moment, l'intérêt public se confond avec l'intérêt du demandeur; le défendeur pourra opposer à tout autre poursuivant l'*exceptio vulgaris rei judicatæ* (Ulp., 1 ad Ed., D., XLVII, 23, 3).

(4) Ulp., *h. t.*, 3, 1 ; Paul, 2 ; cf. Ulp., D., XLIII, 8, 2, 2 et 12.

(5) P. 76, 4. Ulp., *h. t.*, 6 ; Paul, 4 ; Ulp., D., XLIII, 29, 10.

(6) Paul, 8 ad Ed., D., XLVII, 23, 5.

créées pour faciliter la répression du délit, au cas où l'intéressé ne l'exigerait pas lui-même (p. 167, 1; 161, 2; 478, 7) (1).

4° *Actions perpétuelles, actions temporaires.* — En général, les actions sont perpétuelles comme les droits qu'elles sanctionnent : le droit classique ne connaît pas de prescription extinctive (p. 515, 2). Par exception, la plainte d'inofficiosité (p. 607, 11) et les actions relatives à l'état des personnes (p. 141) doivent être exercées dans le délai de cinq ans : c'est l'intervalle entre deux censures.

Les actions pénales sont en général annales (2) : la brièveté de ce délai est sans doute un vestige du système de la vengeance privée. Une année est plus que suffisante pour permettre à la victime de demander la répression du délit ; on ne conçoit pas qu'elle tarde à manifester son ressentiment. Sont encore annales les actions rescisoires et l'*in integrum restitutio* qui ont pour but de faire cesser une iniquité ; les actions prétoriennes (3), sauf lorsqu'elles sont données à l'exemple du droit civil comme la Publicienne (p. 262, 4), l'action de vol au quadruple (p. 471, 7). Les actions édilitiennes ne sont accordées que pendant un an, six mois ou deux mois (I, 609).

Les délais fixés par l'Édit sont des délais *utiles* : ils ne courent qu'à partir du moment où *experiundi potestas fuit*. Il faut : *a*) que le défendeur ait pu être cité en justice ; *b*) que le demandeur ait eu la faculté d'agir par lui-même ou par un mandataire ; *c*) qu'il ait eu la possibilité de s'adresser au magistrat (4). S'il y a un empêchement provenant du défendeur, du magistrat, ou même du demandeur si la cause en est légitime, le délai ne court pas. Il en est de même lorsque le demandeur a commis une erreur excusable (5). Ces divers empêchements retardent le point de départ du délai : ils n'en arrêtent pas le cours (6).

(1) Il faut y joindre l'exception *quasi popularis* de la loi Cincia (p. 686, 1.)

(2) L'action *auctoritatis* dure, suivant les cas, un ou deux ans (I, 265).

(3) Gaius, IV, 110. D'après Inst. (IV, 12 pr.), ce délai aurait été fixé d'après la durée des fonctions du Préteur. Cette raison n'est pas bonne, puisqu'il y a des actions prétoriennes perpétuelles ; une action peut être donnée par un Préteur en vertu de l'édit d'un de ses prédécesseurs (Cic., *p. Quint.*, 8 ; Gaius, IV, 46). Ce qui est certain, c'est qu'il ne s'agit pas d'une prescription extinctive, mais d'un terme fixé par l'Edit pour l'exercice de l'action (*dies actionis exit*) ; on s'en prévalait sous forme d'exception. On n'a pas voulu, sans doute, qu'à moins de cause grave, la promesse d'une action par un Préteur pût lier ses successeurs au delà d'un délai très bref.

(4) Ulp., 74 ad Ed., D., XLIV, 3, 1.

(5) P. 723, 1. Pap., 12 Resp., D., XXI, 1, 55 ; cf. Ulp., 6 ad Ed., D., III, 2, 8.

(6) Comme l'a démontré Ubbelohde (*Ueber die Berechnung des* tempus utile *der honorarischen Temporalklagen*, 1891, p. 44), contrairement à l'opinion commune. S'il en était autrement, on ne s'expliquerait pas que le Préteur promette l'*in integrum restitutio* pour cause d'absence *si cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur* (D., IV, 6, 1, 1). La règle ne s'applique pas au calcul du délai accordé

5° *Actions transmissibles ou intransmissibles.* — En règle générale, les actions se transmettent activement et passivement aux héritiers : la mort du sujet actif ou passif du droit n'est pas une cause d'extinction des actions. Il y a cependant des actions qui sont intransmissibles activement; d'autres le sont passivement. Sont intransmissibles activement l'action d'injures et les actions analogues (1) qui supposent un tort causé à la personne et non au patrimoine (I, 701), l'action contre l'*adstipulator* (I, 696), les actions populaires (2). Sont intransmissibles passivement les actions pénales (I, 698), l'action contre le *sponsor* et le *fidepromissor* (I, 695-696). — L'intransmissibilité des actions cesse à partir de la *litis contestatio;* de même, les actions temporaires deviennent perpétuelles : c'est une conséquence de la transformation subie par le droit déduit en justice (3).

§ 4. *Concours d'actions.* — Deux actions concourent, lorsqu'elles tendent au même but, à la réparation du même dommage ou à la restitution de la même chose (4). Permettre de les exercer cumulativement serait une iniquité : celui qui a reçu satisfaction en exerçant l'une des actions ne peut intenter l'autre. Cette règle, admise par Servius, en cas de concours de deux actions contractuelles (5), a été par la suite étendue au cas de concours d'une action contractuelle et d'une action en revendication, ou d'une *condictio*, ou même d'une action pénale (6). Mais il y eut des divergences sur les conditions requises pour exclure la seconde action : suffit-il d'avoir exercé la première action, ou faut-il de plus avoir obtenu satisfaction? Cela dépend : l'ayant droit a-t-il réellement deux actions, ou seulement le choix

pour demander la *bonorum possessio* (Ulp., D., XXXVIII, 15, 2 pr.) : ici l'on déduit les jours où l'on n'a pu agir.

(1) Plainte d'inofficiosité (p. 607, 9) ; action *sepulcri violati* (p. 478, 6), *de mortuo inferendo* (Gaius, D., XI, 7, 9). Cf. Gaius, D , III, 6, 4; Ulp., D., II, 4, 24.

(2) Paul, 41 ad Ed., D., XLVII, 23, 7 pr.

(3) Gaius, D., L, 17, 139 pr. : *Omnes actiones quæ morte vel tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent.* Cf. Ulp., D., XII, 2, 9, 3.

(4) Ulp., 28 ad Ed., D., L, 17, 43, 1. Paul a composé un livre *de concurrentibus actionibus.* Cf. Merkel, *Ueber den Konkurs der Aktionen*, 1877.

(5) Ap. Afr., cité p. 428, 1. Proculus (ap. Paul, 6 ad Sab., D., XVII, 2, 38, 1) applique cette règle en cas de concours des actions *pro socio* et *communi dividundo;* mais Ulpien (*eod.*, 43) fait observer que l'action *pro socio* a un objet plus étendu, puisqu'elle s'applique aux créances, et qu'elle ne comporte pas d'adjudication : on pourra donc, après avoir exercé l'action *communi dividundo*, recourir à l'action *pro socio*, à charge de déduire ce qu'on a obtenu par la première.

(6) Concours de l'action *empti* et de l'action née d'une stipulation de peine (p. 561, 4). Ulp., 36 ad Ed., D., XXVII, 3, 1, 21 (actions *tutelæ* et *rationibus distrahendis*); Proc., ap. Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 2, 27, 11 (actions *locati* et *legis Aquiliæ*). Cf. p. 476, 5 ; 569, 1. La règle n'a pas été appliquée au concours de l'action *furti* et de la *condictio furtiva* qui ont chacune un objet distinct (p. 464, 3).

entre elles? S'il n'a que le choix (1), l'exercice de l'une des actions le rend non recevable à intenter l'autre, sous peine d'être écarté, soit *ipso jure*, soit par une exception *in factum* (2). S'il a réellement deux actions (3), il doit se contenter de l'une d'elles, pourvu qu'il ait reçu satisfaction : à cette condition seulement, l'équité commande de le débouter de la seconde action ; il sera, d'après Ulpien, écarté par l'office du juge si l'action est de bonne foi, sinon par une exception de dol insérée dans la formule (4). Au IIe siècle, Pomponius hésitait à reconnaître au juge de la seconde action le droit de prendre en considération le résultat de la première; il conseille au juge de la première action de prescrire une mesure préventive, de subordonner la condamnation à la promesse faite par le demandeur de ne pas exercer la seconde action. Les deux opinions conduisent au même résultat, mais Ulpien le fait obtenir par la voie la plus simple. Le Préteur permettra donc d'intenter la seconde action, mais en restreignant la *condemnatio* à ce que cette action présente de plus avantageux (5). Ce tempérament, que n'admet pas encore Proculus, est indiqué par Paul et Ulpien (6).

Un dernier progrès restait à réaliser : devait-on exclure la seconde action lorsqu'elle était plus avantageuse que la première? Il parut contraire à l'équité d'empêcher le demandeur de réclamer la différence entre le montant des deux actions. Cette solution était d'ailleurs commandée par la règle du concours sainement interprétée : les deux actions ne concourent point dans la mesure où l'une tend à une prestation supérieure.

La règle du concours des actions ne fut pas tout d'abord appliquée aux actions pénales : lorsqu'un même fait donne naissance à deux délits distincts, la victime peut exiger cumulative-

(1) Ulp., 29 ad Ed., D., XIV, 4, 9, 1 : *Eligere quis debet qua actione experiatur..., cum scit sibi regressum ad aliam non futurum.*

(2) Pomp., D., IV, 2, 14, 13 : *Eum qui metum fecit, et de dolo teneri certum est...; et consumi alteram actionem per alteram exceptione in factum opposita.*

(3) Gaius, 13 ad Ed. prov., D., XLVII, 7, 9 (a. *locati* et *arborum furtim cæsarum*) : *una actione contentus esse debet actor ;* Paul, D., IX, 2, 18 ; XVII, 2, 50 (a. *pigneraticia* ou *pro socio* et *leg. Aquiliæ*).

(4) Paul, D., XLIV, 7, 34 pr. : *Quoniam desinit bonum et æquum esse condemnari eum qui æstimationem præstitit;* Ulp., D., IV, 9, 3, 5.

(5) Tel est le procédé indiqué par Trebatius (p. 475, 6). D'après Pomponius, en cas de concours de la *condictio furtiva* et de la revendication, le demandeur, qui a obtenu la *litis æstimatio* en exerçant la *condictio*, peut intenter la revendication à la condition de rendre ce qu'il a reçu : il y trouvera l'avantage d'obtenir ou la restitution de la chose ou une condamnation fixée d'après son *jusjurandum in litem* (D., XLVII, 2, 9, 1).

(6) Proc., D., IX, 2, 27, 11 ; Paul, D., XLIV, 7, 34, 2 ; Ulp., D., XIII, 6, 7, 1.

ment la peine fixée par chacune des lois qui ont été violées. Tel est l'avis de Labéon ; c'est encore celui de Papinien, de Paul et d'Ulpien (1). Mais une opinion plus indulgente, enseignée dès le temps d'Auguste par le maître de Labéon, Trebatius, a été admise dans quelques cas par Paul et Modestin : la seconde action ne peut être exercée que dans la mesure où elle est plus avantageuse ; sinon, elle doit être écartée (2).

§ 5. *Action servant à préparer une autre action.* — Il ne faut pas confondre avec le concours d'actions le cas où deux actions peuvent être successivement intentées en raison d'un même fait, parce que la première sert à préparer et à rendre possible la seconde : tel est le but de l'action *ad exhibendum*. Cette action, qui, anciennement, permettait à celui qui n'avait que la propriété de fait, de reprendre sa chose indûment retenue par autrui (3), a pour but principal de faciliter la revendication des meubles (4). Celui qui, ayant perdu un meuble, apprend qu'on en a vu un semblable en la possession d'un tiers, ne s'engagera pas dans un procès en revendication avant de s'être assuré de l'identité de l'objet : il demandera à le voir. Si le possesseur refuse de l'exhiber (5), l'action *ad exhibendum* servira à vaincre sa résistance. Cette action s'applique également dans tous les cas où l'exercice d'une action réelle ou personnelle ou même d'un interdit est subordonné à la désignation exacte de l'objet réclamé (6).

L'action *ad exhibendum* se donne contre toute personne qui

(1) Lab., ap. Paul, 9 ad Sab., D., XLVII, 7, 1 ; ap. Ulp., 77 ad Ed., D., XLVII, 10, 15, 46 (a. *injuriarum* ou a. *arborum furtim cæsarum* et a. *leg. Aquiliæ*) ; Pap., D., XLVIII, 5, 6 pr. (a. *injuriarum*, *leg. Aquiliæ*, *servi corrupti*) ; Ulp., D., XLVII, 1, 2, 1 (a. *furti*, *leg. Aquiliæ*) ; Paul, D., XLVII, 7, 11 ; Herm., D., XLIV, 7, 32.

(2) P. 475, 6 : *Sed Trebatius ita utramque dandam, ut judex in posteriore deducat id quod ex prima consecutus sit, et reliquo condemnet.* Paul admet cette opinion en cas de concours des a. *furti* et *vi bonorum raptorum* (D., XLVII, 8, 1), de l'action d'injures et de l'action de la loi Aquilia (D., XLIV, 7, 34 pr.). Mod., *eod.*, 53 pr. Cf. sur l'interpolation de certains textes relatifs au concours d'actions, tel que Ulp., D., L, 17, 130, Eisele, *Arch. f. civ. Pr.*, LXXIX, 327.

(3) T. Ier, 508, 1. Elle a conservé cette fonction dans certains cas d'accession (p. 228) : elle permet à celui qui a perdu la propriété de la chose accessoire d'en demander la séparation (Ulp., D., X, 4, 7, 1 et 2). De même dans le cas où ma chose a été transportée sur le fonds d'autrui par force majeure (*Ibid.*, 5, 4-5 ; 9, 1. Cf. Aquil., ap. Ulp., D., XIX, 1, 17, 6).

(4) Ulp., *h. t.*, 1 : *In usu quotidiano est et maxime propter vindicationes inducta.*

(5) Paul, *h. t.*, 2 : *Exhibere est facere in publico potestatem ut ei qui agat sit experiundi copia.* Cf. Demelius, *Die Exhibitionspflicht*, 1872.

(6) Action hypothécaire, confessoire d'usufruit, interdit, exercice d'un droit d'option par un légataire, action *furti*, action noxale (*ibid.*, 3, 3-7 ; Paul, *eod.*, 12, 2). Dans ces derniers cas, on peut demander l'exhibition de plusieurs choses pour pouvoir reconnaître celle qui a été volée ou celui des esclaves qui a commis le délit et dont on ignore le nom (Ulp., *eod.*, 11, 2).

possède la chose ou a cessé par dol de la posséder (p. 259, 2) ; on l'a étendue à toute personne qui est en mesure d'exhiber la chose, alors même qu'elle n'en aurait ni la possession ni la détention (1). Le demandeur doit justifier d'un intérêt (fondé sur de bonnes raisons) (2) ; il n'a pas à prouver l'existence du droit qu'il se propose de faire valoir par une action subséquente. Le juge connaîtra sommairement de l'affaire ; c'est une question d'équité qu'il a à résoudre (3) : convient-il d'autoriser le demandeur à examiner la chose ? Le défendeur ne peut en général s'y opposer, car la chose doit rester entre ses mains, et ses droits, s'il en a, sont réservés ; il les fera valoir lorsqu'il sera poursuivi par l'action directe (4).

L'action *ad exhibendum* est personnelle, civile (5) et arbitraire : le défendeur qui exhibe la chose est absous, mais le demandeur a la faculté d'exercer l'action directe. Le refus d'exhiber entraîne une condamnation dont le montant sera calculé d'après la valeur de la chose et suivant l'estimation faite par le demandeur sous la foi du serment : le payement de cette condamnation donne satisfaction au demandeur et le rend non recevable à exercer l'action directe (p. 740).

II. Interdits et stipulations prétoriennes. — Les différends qui surgissent entre deux citoyens, ne peuvent pas toujours être tranchés par voie d'action : l'action suppose l'existence d'un droit consacré par la loi ou par le Préteur. S'il s'agit de régler un état de fait ou de prévenir un dommage éventuel, on ne peut demander directement l'organisation d'une instance. Le Préteur a comblé cette lacune en prenant, en vertu de son *imperium*, les mesures commandées par le bien public : il rend dans le premier cas un interdit (6) ; dans le second, il prescrit une stipulation

(1) Tel serait un entrepreneur de transport qui aurait momentanément déposé les marchandises dans un local appartenant à un tiers (Cels., *eod.*, 5 pr.).

(2) Nerat., *eod.*, 3, 11 ; Alf., ap. Paul, *eod.*, 19. L'intérêt doit exister lors de la *litis contestatio* et subsister lors du jugement : l'équité veut que le défendeur soit absous si le demandeur n'a plus intérêt à cette dernière époque (Lab., ap. Ulp., *eod.*, 7, 7). Cf. p. 758, 5. C'est une différence avec la revendication.

(3) Ulp., *eod.*, 3, 9 et 14; Inst., IV, 6, 31 : *ex arbitrio judicis pendet.*

(4) A moins que les exceptions qu'il peut opposer à la demande ne soient évidentes (Pomp., ap. Ulp., *eod.*, 3, 13).

(5) Ulp., *eod.*, 3, 2-3. L'origine civile de l'action a été contestée : mais dans un cas où l'on se demande s'il y a lieu à l'a. *ad exhibendum*. Ariston déclare *nullam juris civilis actionem esse* (D., XIX, 5, 16, 1). C'est aussi une action *in rem scripta ;* elle a une *condemnatio incerta* (Gaius, IV, 51) ; et même, suivant Lenel (*E. P.*, I, 255), une *intentio incerta*. Elle est intransmissible activement et passivement (Jul., *eod.*, 8; Paul, 12, 6).

(6) Gaius, IV, 139 : *Certis... ex causis Prætor aut Proconsul principaliter auctoritatem suam [interponit] finiendis controversiis.* L'autorité du magistrat joue ici un

prétorienne. L'interdit ou la stipulation fait naître une obligation dont on poursuivra, s'il y a lieu, l'exécution par la voie ordinaire de l'action (1). Les interdits, les stipulations prétoriennes sont des expédients imaginés par le Préteur pour régler judiciairement certains rapports qu'on ne peut, en raison de leur nature, faire valoir par voie d'action (2).

De ces deux expédients, il en est un, celui de la stipulation prétorienne, qui s'est conservé, en la forme, dans le dernier état du droit; mais, en raison de sa permanence, il équivaut à un droit consacré par une action. Le sort de l'autre a été tout différent : la distinction de l'interdit et de l'action a été s'atténuant. L'interdit, qui ne fut à l'origine (3) qu'une mesure de police destinée à mettre fin à un conflit entre deux citoyens (p. 216, 3), prit le caractère d'une règle permanente : en insérant dans l'album la formule indiquant les conditions sous lesquelles il serait délivré, le Préteur s'engageait à l'accorder; celui qui était dans les conditions voulues, pouvait se considérer comme ayant un droit garanti par le Préteur. D'autre part, on a élargi le cercle des actions *in factum*, et l'on a créé des interdits qui, parmi les conditions requises pour leur exercice, supposent l'existence d'un droit (4). Dès lors, au moins en quelques cas, l'interdit concourt avec l'action ou même avec une *cognitio extra ordinem* (5). Il

rôle principal, tandis que, dans l'action, le Préteur n'est que l'exécuteur de la loi ou d'une disposition générale de l'Édit. M. Jobbé-Duval (*Études*, I, 228) entend autrement cette différence entre l'interdit et l'action : Gaius voudrait dire que l'autorité du Préteur se manifeste au début, et non comme dans l'action à la fin de la procédure *in jure*. Le § 141 en serait la preuve : *Nec tamen... statim peractum est negotium*. Mais rien ne prouve que ces deux passages se rattachent au même ordre d'idées.

(1) Ulp., D., XLVI, 5, 1, 2 : *Cautionales sunt... quæ instar actionis habent, et ut sit nova actio intercedunt* (D., XXV, 5, 1, 2).

(2) Cela ne fait pas de doute pour les stipulations prétoriennes ; mais, quant aux interdits, certains auteurs pensent qu'ils ont été créés pour combler les lacunes du droit civil, comme les actions *in factum*. Cette manière de voir méconnaît la différence qui sépare l'interdit de l'action. La confusion qu'on a faite tient à ce que, dans certains cas où le Préteur a d'abord accordé un interdit, il a plus tard créé une action (p. 305; 488); mais il y a là un développement du droit et non la preuve que le Préteur a dans les deux cas poursuivi un but identique.

(3) Au dernier siècle de la République, il y a des interdits qui ont simplement pour but d'assurer la marche de la procédure : *Quem fundum* (p. 257, 5), *quam hereditatem*, *quem usumfructum* (p. 294, 1), *secundarium* (p. 712, 4.)

(4) Tels sont les interdits *de mortuo inferendo* (Ulp., D., XI, 8, 1 pr.), *de itinere reficiendo* (*Veteres*, ap. Ven., D., XLIII, 19, 4 pr. ; Ulp., 3, 11).

(5) Interdit *de mortuo inferendo* et action *in factum* (Gaius, D., XI, 7, 9) ; interdit *de migrando* et action *conducti* (Ulp., D., XXXIX, 2, 33) ou *cognitio extra ordinem* (Ulp., D., XLIII, 32, 1, 2 : *Ergo infrequens est hoc interdictum*). Interdit *de b. p. ventris nomine* et *cognitio extra ordinem* (D., XXV, 5, 1, 2). Interdit *legatorum servandorum causa* et action *in factum* (Paul, D., XLII, 4, 14, 1). Interdit *de glande legenda* et a. *ad exhibendum* (Ulp., D., X, 4, 9, 1).

y avait là un double emploi (1) ; on finit par y renoncer (2).

§ 1[er]. *Notion de l'interdit.* — L'interdit est un ordre, donné par le Préteur ou par un gouverneur de province (3), pour mettre fin à certains différends survenus entre deux citoyens (4). Ces différends sont relatifs : 1° à la mise en liberté d'une personne libre, indûment retenue par autrui (5) ; 2° à la protection des choses sacrées, religieuses, publiques ou affectées à l'usage public, contre certaines atteintes (6) provenant du fait d'un citoyen et qui nuiraient aux autres (7) ; 3° à la protection des

(1) Le maintien des interdits dans les cas de ce genre s'explique par les avantages qu'offraient aux parties l'élément pénal des stipulations réciproques, ainsi que la facilité d'obtenir en tout temps l'interdit, sans être obligé d'attendre un jour où le magistrat exerce la *jurisdictio* (Gaius, D., XI, 7, 9 : *Aut statim interdicto uti... aut... et postea in factum agere*).

(2) Sous l'Empire, il ne semble pas qu'on ait créé de nouveaux interdits : on préfère procéder *extra ordinem*. On a objecté en sens contraire l'interdit *de aqua ex castello* (p. 297, 1), qui suppose une concession d'eau que l'empereur peut seul autoriser. Mais Frontin (*de aquis*, 95) prouve que, sous la République, les censeurs, ou à défaut les édiles, avaient le droit de vendre de l'eau aux particuliers. La formule de l'interdit *is cui ejus rei jus fuit* est sûrement antérieure à l'Empire.

(3) Les magistrats municipaux sont exclus : ils n'ont pas l'*imperium* (Ulp., D., XLII, 8, 7 ; Val., Gall., C., VIII, 1, 2 ; Paul, D., I, 18, 3. Loi Rubria, c. 19 ; cf. Karlowa, II, 1004). En fut-il de même jusqu'à la fin de l'époque classique ? Devait-on, par exemple, pour fixer le rôle des parties dans la revendication, se rendre devant le gouverneur de la province, et revenir ensuite devant le magistrat municipal ? Cf. Jobbé-Duval, I, 213.

(4) Inst., IV, 15, 1 : *Inter duos dicitur*. Cf. Cic., *De or.*, I, 1, 41 ; Ulp., D., XLIII, 1, 1, 3 : *Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*. C'est une question discutée que de savoir si les interdits s'appliquent aux pérégrins ; elle n'a d'ailleurs qu'un intérêt secondaire, car la plupart des faits qui donnent lieu aux interdits ne concernent que les citoyens.

(5) P. 98, 7 ; 126. Gaius, IV, 162. Quelques-uns de ces interdits supposent l'existence de la puissance paternelle ou du patronat : si elle est contestée, la question ne peut être tranchée par voie d'interdit. Il en est de même de l'interdit *de homine libero exhibendo*, si la qualité d'homme libre est douteuse (Ulp., D., XLIII, 29, 3, 7 ; 30, 3, 3.) Réciproquement, lorsqu'une de ces questions a été résolue par voie d'action, on ne peut la renouveler indirectement par voie d'interdit, alors même que le jugement aurait été rendu *injuria* (D., XLIII, 30, 1, 4).

(6) La distinction entre les actes d'usurpation qui sont de la compétence du censeur (Liv., XL, 51), et les actes de violation d'un lieu sacré qui sont réprimés par le Préteur (I, 481), a été contestée (Jobbé-Duval, I, 242). On a objecté que, sous l'Empire, la surveillance générale des *res sacræ* appartenait au *curator sacellorum publicorum*, que l'on suppose un des héritiers du censeur. Cette objection repose sur une simple hypothèse, et cette hypothèse ne saurait être admise : les censeurs étaient incompétents pour connaître des délits commis sur les *res sacræ* (cf. Mommsen, trad. III, 56-60). C'était l'affaire des édiles pour les édifices sacrés de Rome et de la banlieue. Pour les terrains non bâtis (*locus sacer*), aucun magistrat n'avait, sous la République, mission de les protéger : c'est ce qui explique l'intervention du Préteur. On remarquera qu'il a eu soin de respecter les attributions des édiles : son interdit n'a pas trait aux *ædes sacræ*. Il en a été de même pour la protection des voies publiques : le Préteur ne s'est occupé que des *viæ rusticæ* (Ulp., D., XLIII, 8, 2, 24) ; les édiles avaient la surveillance des *viæ urbicæ*.

(7) T. I[er], 481-483, 1 ; II, 184. Ces choses sont en général protégées par des interdits populaires. Bien qu'elles soient hors du patrimoine, elles peuvent donner lieu à

choses appartenant à un particulier (*res familiaris*) (1), surtout lorsque le conflit a trait à la possession (2). Dans ces divers cas, le Préteur, les parties entendues, défend de faire un acte, prescrit de restituer une chose (p. 217, 3) ou de la rétablir dans son état antérieur (3), d'exhiber une personne ou les tablettes d'un testament (4). De là la division générale des interdits suivant la nature de l'ordre du magistrat : les interdits sont prohibitoires, restitutoires ou exhibitoires (5).

L'ordre contenu dans l'interdit, au lieu d'être notifié au juge comme celui qui est inséré dans la formule d'une action, est adressé au défendeur (interdit simple), parfois aux deux parties (interdit double) (6). Il est subordonné à des conditions déterminées. En cas de contravention, soit que le défendeur ne se croie pas dans le cas visé par le magistrat, soit qu'il refuse sciemment d'obéir, un juge sera chargé, dans les formes ordinaires de la procédure (7), de vérifier si les conditions de

un conflit entre deux citoyens, parce que tout citoyen est intéressé à ce qu'on ne les détériore pas ou qu'on ne l'empêche pas d'en jouir. Dans certains cas, on exige pour la délivrance d'un interdit que le demandeur ait été empêché de jouir de la chose d'une certaine manière : *Quoniam illi ire agere... navigare... opus facere liceat* (Ulp., D., XLIII, 8, 2, 45; 14, 1 pr.; 15, 1 pr.). Si l'obstacle subsiste, un autre citoyen pourra demander l'interdit sans qu'on puisse lui opposer l'exception *rei judicatæ*. Le défendeur ne peut alléguer qu'il a payé la *litis æstimatio*, car rien n'oblige le demandeur à l'employer à rétablir la chose dans son état normal. La somme qu'il a reçue est la peine de la résistance à l'ordre du magistrat (cf. Ulp., D., XLIII, 5, 3, 14). Accarias (II, 1215) invoque en sens contraire la règle admise pour les actions populaires; mais ces actions répriment un acte qui ne saurait être puni plusieurs fois; il n'y a donc pas même raison de décider.

(1) Ces interdits ont pour objet une chose isolée ou un ensemble de biens (*quorum bonorum, possessorium, sectorium*) : Gaius, IV, 144-146, D., XLIII, 1, 1 pr.

(2) Ces interdits sont de trois sortes : *Adipiscendæ, recuperandæ* ou *retinendæ possessionis* (p. 305, 7; 217).

(3) Tel est l'interdit *quod vi aut clam*, par lequel le Préteur remédie à l'insuffisance de la dénonciation de nouvel œuvre ou de l'interdit démolitoire (p. 478).

(4) L'interdit *de tabulis exhibendis* est le seul interdit exhibitoire relatif aux choses : dans tout autre cas, on a recours à l'action *ad exhibendum*. La concession d'un interdit dans ce cas spécial se justifie parce qu'il ne s'agit pas de préparer l'exercice d'une autre action, mais de permettre de consulter un testament (p. 615, 6).

(5) Gaius, IV, 142. Il y a quelques interdits mixtes, à la fois restitutoires et prohibitoires (Ulp., D., XLIII, 1, 2, 1) : *Ne vis fiat ei qui in poss.* (D., XLIII, 4, 3, 2); *de aqua* (D., XLIII, 20, 1 pr., 1); *secundarium* (Gaius, IV, 170). Autres divisions des interdits : privés ou populaires; transmissibles (comme la plupart de ceux qui ont trait *ad rem familiarem*) ou intransmissibles, comme l'*uti possidetis* et l'*utrubi* (p. 219, 3) et les interdits populaires; fondés sur un état de fait actuel (*uti possidetis* : D., XLIII, 1, 1, 2) ou passé (*de itinere* : D., XLIII, 19, 1 pr.); perpétuels ou temporaires (*de itinere, de aqua, utrubi*) : quelques-uns doivent être demandés dans l'année, entre autres ceux qui se donnent *noxaliter* (*unde vi, quod vi aut clam*).

(6) Les interdits doubles sont peu nombreux : *Uti possidetis* et analogues (p. 299, 1), *utrubi* (p. 220), *de aqua inter rivales* (Ulp., D., XLIII, 20, 1, 26).

(7) Ulp., D., XXV, 5, 1, 2 : *Per interdictum ad jus ordinarium remittere.*

l'interdit existent et de prononcer, le cas échéant, une condamnation. — En général, l'interdit ne met fin au différend que d'une manière provisoire : il n'enlève pas à celui qui a succombé la faculté d'exercer une action en justice s'il a un droit à faire valoir. Celui par exemple qui a perdu son procès au possessoire peut agir au pétitoire (1). Mais parfois l'interdit tranche le débat définitivement (2).

§ 2. *Procédure de l'interdit.* — Les parties doivent se présenter deux fois devant le magistrat : d'abord pour obtenir l'interdit, puis pour organiser une instance afin de faire constater si l'interdit a été violé (3). Chacune de ces deux phases de la procédure *in jure* est soumise aux règles habituelles, soit quant à la citation en justice, soit quant au refus du défendeur de comparaître.

Pour obtenir l'interdit, le demandeur doit alléguer des faits qui rendent applicable l'une des formules proposées dans l'album du Préteur (4). De son côté, le défendeur peut opposer des exceptions qui seront ajoutées à la formule, si elles ne s'y trouvent insérées par avance (5) ; mais s'il avoue les faits allégués ou s'il jure sur la proposition du demandeur, que les faits ne sont pas exacts, l'interdit sera refusé (6).

Lorsque l'interdit a été rendu, le défendeur qui ne se conforme pas à l'ordre reçu (7), doit être judiciairement poursuivi par le demandeur. Deux procédures sont possibles : l'une *per sponsionem*, l'autre par une formule arbitraire (I, 675, 1-4.) La première est la plus ancienne : elle remonte au temps des actions de la loi. Le demandeur cite son adversaire devant le magis-

(1) Paul (D., XLIII, 1, 2, 2) distingue les interdits qui *possessionis causam habent* et ceux qui *proprietatis* ou *velut proprietatis causam continent.* Ces derniers concernent les choses hors du patrimoine. Le caractère provisoire de certains interdits est discuté. Cf. pour l'interdit *quorum bonorum*, p. 649, 1. Pour l'interdit Salvien, Ulpien (D., XLIII, 33, 2) réserve le droit de recourir à l'action Servienne.

(2) *De itinere reficiendo* (D., XLIII, 19, 3, 11); *de aqua ex castello* (D., XLIII, 20, 2, 45). *De homine libero exhibendo* (D. XLIII, 30, 1, 4); *de arboribus cædendis* (Paul, V, 6, 13).

(3) Gaius, IV, 141.

(4) L'album ne contient pas, à notre connaissance, d'édit promettant un interdit : le Préteur y a simplement inséré les formules des interdits. En pratique, cette insertion équivaut à une promesse de donner une action en cas d'inobservation de l'interdit. *Agere ex interdicto* se dit aussi bien que *agere ex edicto.* Il y a des *capita interdicti* comme des *capita edicti* (D., XLIII, 27, 1, 9 ; XXXVII, 8, 3).

(5) Cels., ap. Ulp., D., XXXIX, 1, 1, 10 ; Ulp., D., XLIII, 30, 1, 4. Certaines exceptions sont accordées *cognita causa* (Ulp., D., XLIII, 13, 1, 6). Dans l'*uti possidetis*, les exceptions de violence, clandestinité, précarité, *perpetuo insunt* (Ulp., D., XLIII, 17, 1, 5).

(6) Ulp., D., XLII, 2, 6, 2 ; XII, 2, 3, 1.

(7) On lui accorde un certain délai, sauf pour l'interdit *de hom. lib. exhib.* (Ven., D., XLIII, 29, 4, 2).

trat (1) et le provoque à lui promettre une certaine somme pour le cas où il n'aurait pas obéi à l'ordre du Préteur (*sponsio*) (2). A son tour, le défendeur stipule du demandeur la même somme pour le cas où sa prétention ne serait pas fondée (*restipulatio*). Cette double stipulation conclue, les parties demandent chacune au Préteur une formule pour obtenir la somme promise (3). Si le demandeur triomphe, le juge condamnera le défendeur en vertu de la première formule, absoudra le demandeur en vertu de la seconde. C'est l'inverse qui aura lieu s'il a eu tort de solliciter l'interdit.

Le demandeur, qui obtenait gain de cause, ne recevait anciennement d'autre indemnité que le montant de la *sponsio*. A l'époque classique, le payement de cette somme est considéré comme une peine pour le défendeur; elle ne le dispense pas de réparer le préjudice causé : il y est contraint par une action spéciale, en vertu de laquelle le juge le condamne à une réparation pécuniaire s'il refuse de donner satisfaction (4).

La procédure *per sponsionem* était périlleuse pour les deux

(1) La citation doit avoir lieu en général dans le délai d'un an : voir, pour l'interdit *de tab. exhib.*, Paul, IV, 7, 6. Lenel (*E. P.*, 379) invoque dans le même sens Ulp., D., XLIII, 17, 1 pr., où l'on devrait lire *sponsionem facere permittam*. Voir cep. Karlowa, II, 343.

(2) En cas de refus, le défendeur devait être traité comme un *indefensus* (p. 747, 2). On ignore comment était fixé le montant de la *sponsio*. Voir les conjectures de Lenel, *loc. cit.*, et de Jobbé-Duval, I, 248.

(3) Au temps des actions de la loi, on procédait à la *legis actio*.

(4) Gaius, IV, 165. La procédure qui vient d'être décrite s'applique aux interdits simples; pour les interdits doubles, tels que l'*uti possidetis*, elle est plus compliquée (Gaius, IV, 166-170) : 1° elle s'ouvre par un combat simulé qui rappelle la *manus consertio* de l'action de la loi par serment (I, 410, 1) : on fait ainsi constater quel est celui des plaideurs qui a agi contre l'ordre du Préteur; 2° puis on se rend devant le magistrat pour régler la question de la possession intérimaire : des enchères sont ouvertes entre les plaideurs (*fructus licitatio*), et la possession est adjugée à celui qui offre la plus forte somme pour le cas où il succomberait. Son adversaire stipule de lui la somme promise, mais cette stipulation, dite *fructuaria*, a un caractère pénal; elle ne dispense pas celui qui succombe de rendre la possession et les fruits : il y est contraint par une action spéciale appelée du nom de son auteur, *judicium Cascellianum*. La *stipulatio fructuaria* est facultative : si on ne l'a pas faite et que l'on ait gain de cause, on n'en aura pas moins le droit d'agir *de fructus licitatione* par une action spéciale (*judicium fructuarium*) qui permet d'exiger la satisdation *judicatum solvi* (cf., sur les avantages de cette action, Ubbelhode, II, 163); 3° on procède aux stipulations réciproques; mais comme chacun des plaideurs est à la fois demandeur et défendeur, il y a deux *sponsiones* et deux *restipulationes*. — Ce bref exposé pourrait faire croire que la tâche du juge est très ardue; en réalité, il n'y a pour lui qu'une question dont la solution entraîne celle de toutes les autres : celle de savoir qui a contrevenu à l'interdit. — Les diverses phases de la procédure de l'interdit exigent la coopération des deux plaideurs. Si l'un d'eux refuse de prêter son concours à l'une des formalités nécessaires pour donner suite à l'interdit, le Préteur l'y forcera par un interdit appelé *secundarium* parce qu'il est rendu en second lieu. Celui qui ne se conforme pas à cet interdit est condamné, alors même qu'il aurait été en mesure de gagner sur l'*uti possidetis*.

parties : en cas d'insuccès, il fallait payer la somme promise. D'assez bonne heure on tempéra la rigueur de cette procédure, mais seulement pour les interdits restitutoires ou exhibitoires : on permit aux parties de demander une formule arbitraire. Cette demande devait être faite aussitôt que le Préteur avait rendu l'interdit, avant de quitter l'audience. La procédure était ici sans péril pour les deux parties : le défendeur n'était condamné à la réparation du préjudice que s'il refusait de donner la satisfaction prescrite par l'arbitre. Le demandeur lui-même, s'il était débouté de sa prétention, n'encourait aucune peine, sauf celle du dixième s'il était convaincu de mauvaise foi (1).

§ 3. *Stipulations prétoriennes.* — La stipulation prétorienne est un contrat verbal fait sur l'ordre du magistrat (p. 350, 5) pour créer au profit d'une personne un droit que la loi ne lui accorde pas. On l'appelle *cautionalis*, parce qu'elle lui procure une garantie, une sécurité (2). Cette stipulation ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par l'Édit. Ces cas sont de deux sortes (3) ; la stipulation a pour but : 1° d'assurer la marche et le résultat d'une procédure engagée devant le Préteur (p. 257; 746) ; 2° de garantir un droit éventuel ou déjà né, mais qui n'a pas encore été porté en justice. Les stipulations de cette espèce ont trait les unes à un patrimoine, les autres à un objet isolé (4).

Le Préteur se contente parfois d'une simple promesse (*nuda repromissio*) ; le plus souvent, il exige qu'elle soit garantie par des cautions (*satisdatio*). La teneur de l'engagement est fixée d'avance, dans les formules insérées dans l'album, sous réserve des modifications que le Préteur peut introduire *cognita causa* (5).

(1) Gaius, IV, 141, 163-164.

(2) Il y a aussi des stipulations imposées par les édiles (I, 608), par les tribuns de la plèbe. Celles-ci ont pour but de garantir, en cas de divorce, la créance du mari contre la femme en raison de ses impenses ou des engagements qu'il a contractés pour elle (Ulp., VII, 3; cf. Paul, D., XXIV, 3, 25, 4 ; 55); elles ont leur utilité lorsque le mari avait promis de restituer la dot; le juge n'avait pas ici la même latitude que dans l'action *rei uxoriæ*. Les magistrats municipaux peuvent, en cas d'urgence, ordonner par délégation du Préteur la *cautio damni infecti* (Ulp., D., XXXIX, 2, 1).

(3) D'après la classification adoptée par l'Edit (Lenel, *E. P.*, I, 52). Il y en a d'autres : Pomponius (D., XLV, 1, 5 pr.) distingue les stipulations prétoriennes, judiciaires et communes, suivant qu'elles sont imposées par le Préteur, par le juge ou par l'un ou l'autre. Ulpien (D., XLVI, 5, 1, 1 et 3) donne un autre sens à cette division : la stipulation prétorienne fait naître un droit nouveau ; la stipulation judiciaire assure la marche d'une instance ; la stipulation commune réunit ces deux avantages.

(4) Stipulations relatives à une succession (*de conferendis bonis et dotibus*, p. 638, *usufructuaria*, p. 279, *legis Falcidiæ*, restitution des legs en cas d'éviction de l'hérédité) ou à un patrimoine (*rem pupilli salvam fore*, p. 157), à une chose isolée (*damni infecti*, *de operis novi denuntiatione*, etc.).

(5) Ulp., D., XLVI, 5, 1, 5 et 10. Le Préteur peut y insérer des exceptions (Pomp., D., XXXIX, 2, 39, 3). D'après Ulpien (D., XVI, 2, 10, 3), la compensation est toujours admise dans les stipulations prétoriennes ; on pourrait, suivant Julien,

La *clausula doli* est de règle dans ces stipulations (1) : on les interprète suivant l'intention du Préteur qui les a proposées (2).

L'ordre du magistrat est sanctionné de diverses manières : tantôt par une action rédhibitoire ou fictice (3), tantôt par un envoi en possession ou par une *pignoris capio* (4). Parfois le Préteur se borne à refuser toute action en justice (5).

II

EXCEPTIONS.

I. Distinction des moyens de défense *ipso jure* et des exceptions. — Une exception est un moyen de défense qui sert à exclure une demande ou une condamnation fondée en droit, mais contraire à l'équité ou à l'ordre public (6). En cela, elle se distingue des moyens de défense qui consistent à nier le bien fondé de la prétention du demandeur. Le défendeur qui a recours à une exception se contente d'invoquer un fait (dol, violence, pacte de remise, etc. (7) que le Préteur a jugé suffisant pour paralyser le droit d'action. Le débiteur, au contraire, à qui l'on réclame

l'opposer dans la stipulation comme dans l'action. Il est douteux que ce texte ait eu la portée générale que lui ont donnée les compilateurs ; il est extrait du lib. 63 *ad Ed.*, dans lequel Ulpien parlait de l'action Rutilienne du *bonorum emptor*. Il est donc vraisemblable que Julien avait écrit *deductio* et non *compensatio* (Lenel, *Z. Sav. St.*, IV, 118). M. Appleton (*Compensation*, 182) est plus affirmatif parce qu'il pense qu'au temps de Julien, c'est-à-dire avant Gaius, la compensation était exclue en général des actions de droit strict. Cette raison a perdu de sa valeur depuis la découverte de l'inscription citée p. 56, 3 : Julien vivait encore sous Marc-Aurèle ; il fut proconsul d'Afrique sous le règne de cet empereur (p. 33, 8).

(1) P. 378. Ven., D., XLVI, 7, 19; Ulp., D., VII, 9, 5 pr.; cf. loi Rubria, c. 30 : *Quicquid eum Q. Licinius ex ea stipulatione L. Seio d[are] f[acere] oporteret ex f[ide] b[ona]*.

(2) Ulp., 7 Disp., D., XLV, 1, 52 pr.; Ven., 1 Stip., D., XLVI, 5, 9.

(3) Gaius, D., XXI, 1, 28 (t. Ier, 608); Loi Rubria, c. 20; Ulp., D., I, 7, 19, 1 : *Utilis actio in adrogatorem* (p. 117, 2).

(4) Ulp., D., XXXVI, 4, 5 pr.; Inst., I, 24, 3.

(5) Jul., ap. Ulp., D., XXXV, 3, 1, 7; Paul, D., XXXVI, 4, 10.

(6) Cic., *de inv.*, II, 19 : *Prætoriis exceptionibus* [multæ] *excluduntur actiones*; Ulp., 74 ad Ed., D,, XLIV, 1, 2 pr. : *Exceptio dicta est qvasi quædam exclusio, quæ opponi actioni* [cujusque rei] *solet ad excludendum id quod in intentionem condemnationemve deductum est.* Au temps de Cicéron, les exceptions ne pouvaient sans doute être opposées qu'aux actions personnelles; on les appliqua ensuite aux actions réelles (Gaius, IV, 117). D'après Ulpien, l'exception exclut soit l'*intentio* soit la *condemnatio* : le premier cas est le plus fréquent ; le second se produit lorsque par exemple, le défendeur à la revendication, tout en reconnaissant le droit du demandeur, oppose une exception de dol pour se faire tenir compte de ses impenses, (p. 262, 2). Cf. Gaius, IV, 52.

(7) En général ce fait peut aussi donner lieu à une action; mais cela n'est pas toujours vrai (p. 262, 2).

une somme qu'il a payée, n'a pas besoin d'une exception : il n'a qu'à nier l'existence de la dette en prouvant qu'elle a été éteinte par le payement (p. 516).

La distinction de ces deux sortes de moyens de défense (négation de la demande, exception) est étrangère à la procédure des actions de la loi (1) ; elle apparaît avec la procédure formulaire et présente dès lors un intérêt pratique : 1° La négation de la demande peut se produire en tout état de cause jusqu'au jugement. L'exception doit en général être insérée dans la formule à la requête du défendeur; elle y figure comme une condition négative (2) : le succès de la demande est subordonné à la condition que l'exception ne soit pas justifiée : *si non convenerit ne eam pecuniam peteret* (3) ; mais si le défendeur prouve la réalité de son exception, il sera absous (4). Le juge, lié par l'instruction qu'il reçoit du Préteur, ne peut connaître d'une exception non insérée dans la formule, à moins que l'action ne soit de bonne foi (5). Le défendeur, qui a omis d'invoquer l'exception devant le magistrat, n'a que la ressource de se faire restituer contre sa négligence (p. 721), sinon il sera condamné. 2° Le droit, dont l'existence est niée, ne peut, si son extinction est prouvée, jamais revivre : on peut seulement le créer à nouveau. Le droit paralysé par une exception subsiste et peut reprendre son efficacité, si le demandeur écarte l'exception par une réplique. Il conserve même toute sa valeur à l'égard des personnes qui ne peuvent invoquer l'exception (6). Il y a là, entre ces deux

(1) Au temps des actions de la loi, le défendeur n'avait en principe que la ressource de nier le bien fondé de la demande; mais la jurisprudence lui fournit plus d'une fois le moyen d'invoquer *ipso jure* un droit indépendant, grâce à certaines règles de droit, telles que la règle relative aux impenses nécessaires faites par le mari pour les biens dotaux (p. 112, 3 ; cf. p. 383, 1), ou la règle sur la réduction des legs qui dépassent la quarte Falcidie (p. 661, 3). Dans ces divers cas, le défendeur n'est pas obligé d'exercer une action séparée pour faire valoir son droit ; il en est de même lorsqu'on intente contre lui une action double, comme la revendication : la *contravindicatio* lui permet d'établir son droit de propriété ou sa qualité d'homme libre. Cf. Jhering, IV, 62.

(2) *Si non*. On trouve aussi : *Extra quam si* (Cic., *de inv.*, I, 33; Lab., ap. Ulp., D., XLIII, 12, 1, 16); *præterquam si* (Gaius, D., II, 2, 4); *qua de re non* (loi Rubria, c. 19); *quod non* (D., XLIII, 25, 1 pr.).

(3) A moins que le défendeur ne cumule les deux moyens de défense (Marcel., 3 Dig., D., XLIV, 1, 9; Ulp., D., L, 17, 43 pr.).

(4) Ulp., D., XLIV, 1, 1 : *Reus in exceptione actor est* (D., XXIII, 3, 19).

(5) Gaius, IV, 116-119; cf. p. 356, 9; 372, 1. Dans les actions de bonne foi, le défendeur est protégé *æquitate ipsius judicii* (Paul, 3 ad Plaut., D., X, 3, 14, 1). Par mesure de prudence, il peut être utile de faire insérer une exception même dans une formule de bonne foi (p. 416, 6). La même précaution est utile dans les autres formules lorsqu'il y a doute sur la nature de la défense invoquée (Pomp., D., XXI, 2, 29, 1; Ven., D., VII, 9, 4; Ulp., D., IV, 9, 3, 5).

(6) Jul., 54 Dig., D., XLVI, 3, 34, 11.

moyens de défense, une différence qui a survécu à la procédure formulaire; il en est de même de la suivante. 3° Le juge qui acquiert la conviction de l'inexistence de la dette, doit absoudre le défendeur, même si celui-ci n'a pas invoqué de moyen de défense. Il ne peut appliquer d'office une exception (1).

II. But des exceptions. — La plupart des exceptions ont été créées par le Préteur pour atténuer la rigueur du droit civil (2); quelques-unes ont été proposées par lui pour une raison d'ordre public, comme l'exception de chose jugée ou de serment, ou pour donner effet à certaines lois ou Sc. qui, sans interdire un acte, ont voulu fournir à celui qui doit l'exécuter la faculté de s'en dispenser (lois Cincia, Plætoria; Sc. Macédonien, Velléien). Si ces dernières portent le nom de la loi ou du Sc., c'est pour indiquer que le Préteur a entendu, comme il est de son devoir, assurer l'exécution de la loi (3). Toutes les exceptions ne figurent pas dans l'Édit ; il en est qui sont comprises dans une clause générale *si quid contra legem senatusveconsultum factum esse dicetur* (4) ; d'autres sont accordées, *cognita causa,* dans les cas où le Préteur le juge nécessaire (5).

III. Effets des exceptions. — L'exception, dit Paul, est une condition qui tantôt affranchit le défendeur de la condamnation et tantôt diminue cette condamnation (6). De ces deux effets, le premier découle de la notion de l'exception; le second paraît en désaccord avec elle : comment le juge peut-il être autorisé à réduire la condamnation, si l'exception est une condition de la demande? D'autre part, ne serait-ce pas méconnaître le but de l'exception et consacrer une iniquité que d'absoudre le défendeur, si la demande est fondée en partie? Il y a là une difficulté qui a donné lieu à une vive controverse. Elle doit, croyons-nous, être résolue de la manière suivante : l'exception donne au juge le pouvoir de réduire la condamnation seulement dans les actions

(1) Il en est ainsi même de l'exception des Sc. Macédonien et Velléien, qui peut être opposée à l'action *judicati*, après que le défendeur a été condamné (p. 389, 11 ; 559, 2). Si la femme qui a intercédé n'invoque pas l'exception contre l'action *judicati*, il y a, il est vrai, une renonciation tacite ; mais le droit classique ne fournit pas le moyen de l'empêcher.

(2) Même l'exception *justi dominii* opposée à la Publicienne (p. 263, 2), car ce n'est pas le droit civil, mais le Préteur, qui protège le propriétaire quiritaire contre le possesseur *in causa usucapiendi*. Cf. Lenel, *Ueber Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, 1876, p. 55.

(3) La loi Cincia ni la loi Plætoria n'ont pu créer d'exceptions, car elles sont antérieures à l'introduction de la procédure formulaire (I, 557, 567). Quant aux Sc., voir p. 23, 7; 389; 558.

(4) Gaius, 1 ad Ed. prov., D., XLIV, 1, 3. Cf. p. 558.

(5) Gaius, IV, 118. Ulpien (D., XIX, 5, 21) les appelle exceptions *utiles*.

(6) *De variis lect.*, D., XLIV, 1, 22 pr., cité p. 536.

à *intentio incerta*. Le demandeur n'ayant pas précisé le montant de sa demande, l'exception ne peut, si elle est vérifiée, entraîner l'absolution du défendeur, mais le juge en tiendra compte en diminuant la somme représentant l'intérêt pécuniaire du demandeur (1). Dans tout autre cas, l'exception reconnue vraie par le juge, doit entraîner l'absolution du défendeur (2). Cette règle, d'ailleurs abandonnée sous Justinien, n'est inique qu'en apparence : le demandeur doit s'en prendre à lui-même s'il a refusé de tenir compte de l'exception proposée par le défendeur devant le magistrat; il a eu tort de ne pas réduire sa prétention ou de ne pas diviser sa poursuite (3).

L'effet absolutoire de l'exception vérifiée par le juge peut être écarté si le demandeur a fait insérer dans la formule une réplique. Il arrive parfois, dit Gaius, qu'une exception qui, à première vue, paraît juste, soit en réalité contraire à l'équité. Si, par exemple, après avoir consenti un pacte de remise, le créancier convient avec le débiteur de le tenir pour non avenu, il serait inique d'absoudre le débiteur en vertu du premier pacte, sans s'occuper du second : la réplique donnera au juge le pouvoir d'empêcher ce résultat. La réplique peut, en certains cas, être suivie d'une duplique proposée par le défendeur pour en paralyser l'effet; la duplique peut, à son tour, donner lieu à une triplique (4).

IV. Division des exceptions. — La principale division est celle des exceptions perpétuelles ou péremptoires, temporaires ou

(1) En proposant cette solution, M. Appleton (*Compensation*, 377) a établi qu'on ne pouvait pas, comme le font beaucoup d'auteurs, restreindre la portée de notre texte au cas du bénéfice de compétence : Paul parle de l'exception en général et non d'une exception en particulier. D'après Karlowa (II, 999), l'exception aurait pour effet de diminuer la condamnation lorsqu'elle se présenterait sous la forme *qua de re non* ou *quod non*. Cf. l. Rubria, c. 19; Ulp., D., XLIII, 25, 1, et surtout XIV, 6, 9 pr.

(2) L'effet absolutoire de l'exception est admis par divers textes dans des cas où l'on s'attendrait à voir réduire la condamnation (Pomp., 9 ad Q. Muc., D., XXXIV, 2, 34, 1; Paul, 10 ad Sab., D., XLVI, 3, 50). Les textes divergents (Afr., 4 Quæst., D., XVI, 1, 17, 2 ; Ulp., 5 Disp., D., XL, 5, 45) ont été interpolés parce que, sous Justinien, l'exagération de la demande (*plus petitio re*) n entraînant plus la perte du procès, il était logique d'autoriser le juge à réduire la condamnation lorsque l'exception ne visait qu'une partie de la demande (p. 878).

(3) Paul, 3 ad Ed., D., II, 14, 27, 5 : *Si enim XX deberes, pepigerim ne X petam, efficeretur per exceptionem doli mihi opponendam, ut tantum reliqua X exigere debeam.* Julien (D., XII, 1, 21) conseille au Préteur de forcer le demandeur à diviser sa demande et à restreindre la poursuite à la portion sur laquelle il n'est pas d'accord avec le défendeur : *Humanius facturus videtur Prætor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium ejus pertineat lites deminuere* (Cf. Appleton, *Compensation*, 354). Tel est aussi le sens de Ulpien (D., XIV, 6, 9 pr.) : *Scti exceptionem ei denegandam neque ad pignoris quantitatem.*

(4) Gaius, IV, 126-129; Ulp., D., XLIV, 1, 2, 1. Voir un exemple de réplique p. 262, 3; de duplique, *Vat. fr.*, 259.

dilatoires (1). Elles sont perpétuelles lorsqu'elles peuvent être invoquées en tout temps; temporaires lorsqu'on ne peut s'en prévaloir que pendant un certain délai. 1° Les exceptions perpétuelles sont péremptoires, parce qu'elles réduisent à néant le droit qu'elles paralysent; elles le font considérer comme inexistant (2) : celui qui paye sciemment une dette paralysée par une de ces exceptions fait une donation; celui qui la paye par erreur peut répéter l'indû. Sont péremptoires les exceptions de dol, de chose jugée, celles qui sont données en vertu d'une loi ou d'un Sc., etc. Le défendeur qui, par erreur, omet d'invoquer *in jure* une de ces exceptions, peut demander au Préteur l'*in integrum restitutio* pour la faire rétablir dans la formule. 2° Les exceptions temporaires sont dilatoires parce qu'elles tendent simplement à procurer au défendeur le bénéfice d'un délai : le droit qu'elles paralysent momentanément conserve toute sa valeur. Celui qui néglige de s'en prévaloir *in jure* est dans une situation analogue à celle du débiteur qui renonce au bénéfice d'un terme et paye avant l'échéance ; il ne peut se faire restituer contre son omission (3). Ces exceptions peuvent être dilatoires *ex tempore*, comme l'exception résultant d'un pacte de remise temporaire (4), ou *ex*

(1) D., XLIV, 1, 3. Les autres divisions n'ont qu'une portée restreinte : 1° les exceptions sont *in rem* ou *in personam*, suivant qu'on peut les opposer à toute personne ou seulement à une personne déterminée : telle l'exception résultant d'un pacte de remise *in rem* ou *in personam* (p. 531) ; 2° les exceptions sont *rei cohærentes*, suivant qu'elles peuvent être invoquées par toute personne intéressée, ou par une personne déterminée (p. 548, 2). En général, les exceptions sont *rei cohærentes;* quelques-unes seulement sont personnelles : telle est l'exception de cession de biens. L'intérêt de cette division se présente dans le cas où il y a pluralité de débiteurs tenus d'une même dette, soit un débiteur principal avec ses cautions, soit des codébiteurs solidaires. Mais il est à remarquer que si les cautions peuvent invoquer l'exception *rei cohærens* née au profit du débiteur principal, la réciproque n'est pas vraie en général; 3° les exceptions sont édictales ou *in factum*, suivant qu'elles ont été ou non proposées dans l'Édit. Dans un sens large, on qualifie *in factum* l'exception de pacte, par exemple, quand on l'oppose à l'exception de dol (Ulp., D., XLIV, 4, 2, 4-5), mais en général l'exception *in factum* est celle qui est accordée soit en dehors des prévisions de l'Édit, soit par extension ou à la place d'une exception édictale. Telle est l'exception donnée par Alfenus par extension de l'exception *redhibitionis* spéciale à l'*argentarius* (Lenel, *E. P.*, 402) ; l'exception, donnée à la place de l'exception de dol, contre les personnes à qui le défendeur doit le respect (p. 96, 143 ; Ulp., XLIV, 4, 4, 16). Les exceptions *in factum* restreignent les pouvoirs du juge à l'examen d'un fait déterminé : il n'a pas, comme dans l'exception de dol, à examiner tous les faits rentrant dans le dol, ou comme dans l'exception de la loi Cincia, à rechercher si les conditions requises par la loi sont réunies. L'usage des exceptions *in factum* est très ancien ; on en trouve des exemples au temps d'Alfenus et de Labéon (D., XLIV, 1, 14; XIII, 5, 27). Voir la liste de ces exceptions dans H. Krueger, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli*, 15-27.

(2) P. 502, 3. Paul, D., L, 16, 55; 17, 112.

(3) D., III, 3, 57, 1. Au temps de Gaius (IV, 125), la question était discutée.

(4) Gaius (IV, 122) cite encore les exceptions *litis dividuæ* qui obligent celui qui ne réclame qu'une partie de son droit à attendre, pour réclamer le reste, la fin de la

persona comme les exceptions *cognitoriæ* et *procuratoriæ* (1).

V. Exceptio doli generalis (2). — Pour donner à l'équité une satisfaction plus complète, la jurisprudence n'a pas jugé suffisantes les exceptions proposées dans l'Édit ou accordées par le Préteur suivant les circonstances : ces exceptions avaient l'inconvénient de restreindre les pouvoirs du juge qui ne pouvait tenir compte que de certains faits déterminés. Au lieu de créer de nouvelles exceptions, il a paru préférable de simplifier la tâche du magistrat en généralisant l'application de l'exception de dol. Cette exception pourra être invoquée toutes les fois que l'action sera exercée à tort (3), alors même qu'on ne pourrait reprocher au demandeur aucune des manœuvres constitutives du dol (4). Cette idée apparaît dans quelques cas particuliers dès le temps d'Auguste (5), mais elle n'a été formulée d'une manière générale qu'au IIIe siècle (p. 486, 7). — L'extension de l'application de l'exception de dol a eu pour effet d'élargir les pouvoirs du juge d'une action de bonne foi, car *exceptio doli bonæ fidei judiciis inest* (6).

III

IN INTEGRUM RESTITUTIO.

I. Notion. — L'*in integrum restitutio* est une mesure exceptionnelle par laquelle le Préteur tient pour non avenu un acte

préture; *rei residuæ*, qui obligent celui qui a plusieurs actions contre la même personne à les exercer simultanément. S'il n'en a exercé qu'une, il ne pourra intenter les autres que devant le Préteur subséquent.

(1) Le défendeur objecte à celui qui plaide au nom d'autrui qu'il n'est pas capable de postuler pour autrui, ou que celui qu'il représente est incapable de constituer un *cognitor* ou un *procurator*. Si cette exception est justifiée, elle procurera indirectement un délai au défendeur : ce sera le temps nécessaire au demandeur pour trouver un autre représentant ou pour comparaître en personne.

(2) La formule de cette exception dans l'édit perpétuel vise le passé et le présent : *Si in ea re nihil dolo malo A^i A^i factum sit neque fiat* (Gaius, IV, 119).

(3) L'exception de dol pourrait-elle être donnée à la place d'une exception fondée sur l'ordre public? Accarias (II, 1073) l'a contesté; mais le texte cité de Marcellus (in Jul., 60 Dig., D., L, 17, 66) n'a pas le sens qu'on lui prête : il suffit pour s'en convaincre de le rapprocher, avec Lenel, de *Vat. fr.*, 266. D'après Marcellus, on cesse d'être débiteur lorsqu'on est protégé par une exception donnée en vertu de la loi (Cincia) *nec ab æquitate naturali abhorrens*. Ces derniers mots contiennent une réserve : le débiteur restera tenu si, dans un cas particulier, l'exception est contraire à l'équité, c'est-à-dire si le donateur est mort sans avoir changé d'intention. Ulpien dit, en effet, que, dans ce cas, l'héritier sera repoussé par la réplique de dol.

(4) Cette double fonction de l'exception de dol est indiquée par Ulp., D., XLV, 1, 36 (p. 487, 1). Conséquence : l'exception *doli generalis* peut être opposée à un fou (Herm., D., XLIV, 4, 16).

(5) P. 487, 1. Du texte de Labéon, il ressort que l'usage de la *clausula doli* (p. 378) a contribué à l'extension de l'exception de dol.

(6) Mais il serait inexact de dire que l'exception de dol opposée à une action de

régulièrement accompli, mais dont les effets sont contraires à l'équité. C'est un moyen plus radical que l'exception : le magistrat ne se contente pas de paralyser le droit d'action, il supprime l'acte qui lui donne naissance, tout au moins il le tient pour non avenu. Les magistrats, investis de l'*imperium mixtum*, ont seuls qualité pour accorder une restitution, à l'exclusion des magistrats municipaux (1) : ils jouissent à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire, mais ils n'ont dû en faire usage qu'à une époque où leur autorité était solidement établie et dans les cas où la stricte application de la loi blessait le sentiment public (2).

II. Causes de restitution. — L'usage a limité à sept ou huit les cas de restitution : absence, minorité, violence, dol, erreur, *capitis deminutio*, aliénation *judicii mutandi causa* ou probablement aussi *in fraudem creditorum* (3). Parmi ces causes de restitution, les deux premières paraissent être les plus anciennes (4) et sont restées les plus importantes (5). Quant aux autres, leur

droit strict transforme cette action en action de bonne foi. Cette assertion, qu'on a cru pouvoir appuyer sur un texte interpolé (Pap., D., XXXIX, 6, 42: p. 696, 2), n'est pas exacte. L'action de bonne foi dont il est question ne saurait être la revendication, mais l'action de fiducie. Cf. Appleton, *Compensation*, 328.

(1) Préteur, gouverneur de province, préfet de la ville, préfet du prétoire, empereur (Ulp., D., IV, 4, 16, 5; 18; Herm., *eod.*, 17; Paul, D., L, 1, 26, 1).

(2) On en trouve la trace à la fin du VIe siècle dans Térence (I, 487, 4). Ce texte ne prouve pas, sans doute, l'existence de l'Édit sur la restitution des absents dont il ferait une fausse application; mais il prouve tout au moins que l'idée d'une réaction contre la rigueur du droit civil sous forme de restitution était discutée au temps de Térence : *Restitui in integrum, æquum ac bonum est*, dit l'un des amis de Démiphon. Non, dit un autre : *Mihi non videtur quod sit factum legibus rescindi posse*.

(3) Voir p. 171 ; 167; 483; 487 ; 156, 4; 75, 1; 489, 2.

(4) La restitution pour cause d'absence est accordée contre trois sortes d'actes : perte d'un droit de propriété par usucapion, d'une servitude par non-usage, d'une action temporaire par l'expiration du délai imparti pour l'exercer. La perte du droit ou de l'action peut résulter d'un empêchement tenant à la personne du demandeur (service de l'Etat, crainte, emprisonnement, esclavage, captivité), du défendeur (absence quelle qu'en soit la cause et à défaut de *defensor;* emprisonnement, mais non esclavage : Ulp., D., IV, 6, 23 pr.; L, 17, 118; impossibilité de le citer en justice parce qu'il ne peut l'être contre son gré, en raison de ses fonctions, parce qu'il se cache, temporise, se dit trop occupé, ou fait appel à l'*intercessio* d'un tribun pour gagner du temps : *ibid.*, 23, 4; 24; 25), ou du magistrat (refus de dire le droit, ou de tenir audience à cause des fêtes établies *extra ordinem* : Cass., ap. Ulp., *eod.*, 26, 7). Après l'énumération de ces causes d'empêchement, l'Édit contient une clause générale par laquelle le Préteur se réserve d'accorder la restitution dans des cas analogues, *quoties æquitas restitutionem suggerit*, pourvu qu'on ait été absent par nécessité et non volontairement. En pratique, on admit la restitution même en cas d'absence volontaire lorsqu'elle est motivée par une juste cause (*studiorum causa*, *forte procuratore suo defuncto*) (Ulp., *eod.*, 28 pr.). Mais la restitution n'est jamais possible dans les cas exclus par la loi, les Sc. ou les constitutions impériales.

(5) Au Digeste et au Code, un titre spécial est consacré aux causes de restitution des majeurs de vingt-cinq ans, et il n'y est question que de l'absence. La rubrique de ce titre donne lieu de croire que primitivement l'absence et la minorité étaient les seules causes de restitution.

application a été restreinte à mesure qu'on a élargi l'application des actions de dol, *quod metus causa*, etc. Seules la *capitis deminutio* et l'erreur ont conservé leur utilité ; mais on ne tient compte de l'erreur que dans un seul cas : pour écarter l'effet extinctif de la *litis contestatio* (1).

III. CONDITIONS. — 1° En général, la restitution n'est accordée que dans le délai d'une année utile (2), après enquête, sous la condition de justifier d'un préjudice (3) et à défaut de toute autre voie de recours (4). Les deux premières conditions ne sont pas exigées en cas de *capitis deminutio* (5) ; la dernière n'a pas été rigoureusement appliquée (p. 483, 6; 487, 4).

2° La restitution doit être demandée par la partie lésée, ses héritiers ou ayants cause, même à titre particulier (6). Elle se donne en général contre celui qui doit profiter de l'acte préjudiciable, parfois contre les tiers qui ont traité avec lui. La restitution pour minorité n'était *in rem* qu'en cas de mauvaise foi du sous-acquéreur, ou d'insolvabilité de l'acquéreur (7).

3° La restitution n'est, en règle générale, accordée que *cognita causa*, après un débat contradictoire (8). Le Préteur statue en personne et apprécie dans chaque espèce si l'équité commande d'accorder la restitution promise par l'Édit. Son décret a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée (9), mais il est susceptible d'appel (10). Il ne suffit pas toujours pour donner satisfaction

(1) Procès intenté contre un pupille assisté d'un faux tuteur (p. 156, 4). Omission d'une exception péremptoire (p. 718). *Plus petitio* commise dans l'*intentio* ou dans la *condemnatio*, mais seulement en certains cas (p. 744, 3). GAIUS, IV, 53 a.; 57 ; INST., IV, 6, 33. *Confessio in jure* : CELS., ap. ULP., D., XI, 1, 11, 8.

(2) ALEX., C., II, 52, 7 ; 3. Le délai court du jour où le mineur est devenu majeur, où l'absent est rentré à Rome, où le dol ou l'erreur ont été découverts. Si l'ayant droit meurt dans le délai, son héritier n'a pour agir que le temps qui reste à courir; mais on le compte depuis l'adition s'il est majeur, depuis sa majorité dans le cas contraire. Sous Justinien (*ib.*, 7) le délai a été porté à quatre ans continus, mais il est suspendu en cas de minorité ou d'absence pour le service de l'État (p. 875).

(3) MOD., D., IV, 1, 3 ; CALLISTR., *eod.*, 4. Le préjudice peut résulter même d'une adrogation : *Finge a prædone eum hominem locupletem arrogatum.*

(4) ULP., 11 ad Ed., D., IV, 4, 16 pr., 2.

(5) ULP., 12 ad Ed., D., IV, 5, 2, 5 : *Hoc judicium perpetuum est.* L'enquête est inutile, car l'Édit promet l'action à ceux qui *capite deminuti esse dicentur.*

(6) L'Édit visait spécialement la transmissibilité héréditaire de la restitution des mineurs (ULP., D., IV, 4, 19), mais la règle a été généralisée (*ibid.*, IV, 1, 6). Le droit à la restitution est susceptible de cession (PAUL, D., IV, 4, 24 pr.)

(7) LAB., *eod.*, 13, 1. Exemples de restitution *in rem* pour cause d'absence ou de crainte (JUL., D., IV, 6, 17 pr.; PAUL, 30, 1 ; GORD., C., II, 21, 3).

(8) MOD., 2 Resp., D., IV, 4, 29, 2. S'il y a *contumacia* du défendeur, on passe outre (ULP., *eod.*, 13 pr.).

(9) JUL., 45 Dig., D., IV, 4, 41 : *Quasi ex causa judicati.* Si cependant des tiers avaient été libérés par l'effet de l'acte attaqué, on rendrait au créancier son action contre le débiteur originaire (CAR., C., II, 48, 1, 1).

(10) SEV., CAR., C, II, 44, 1 : *Appellare debuistis si sententia vobis displicebat.*

au demandeur : en certains cas il doit être invoqué par voie d'exception (1) ou d'action. Lorsque le demandeur, par exemple, aurait dû agir en justice pour faire valoir son droit, le décret lui rend l'action qu'il a perdue, mais ne le dispense pas de justifier l'existence de son droit. La procédure se divise donc ici en deux parties : l'une a pour but de rechercher s'il y a lieu à restitution; c'est la procédure du rescindant ; elle se déroule tout entière devant le magistrat, elle ne préjuge pas la solution du litige ; l'autre ne s'ouvre que si la restitution est accordée ; elle est soumise aux formes ordinaires, elle donne lieu à la délivrance d'une formule et au renvoi devant un juge qui statuera sur le fond du débat (2) ; c'est la procédure du rescisoire (3). Il y avait là une complication que le magistrat écartait parfois en prescrivant lui-même la restitution de la chose (4).

IV. Effets. — La restitution n'a pas pour effet de rendre inexistant l'acte attaqué ; cet acte subsiste en droit civil ; mais, par une fiction, on le tient pour non avenu ; on l'empêche de produire ses conséquences (5). Le décret du Préteur rétablit le

(1) Jul., *l. c. : Exceptionem utilem adversus petentem pretium habere poterit.*

(2) Si une usucapion a eu lieu au préjudice d'un absent, le Préteur délivrera une formule contenant la fiction que l'usucapion n'est pas accomplie. Cette fiction, qui est l'inverse de celle qui sert de fondement à la Publicienne, a fait donner depuis le moyen âge, à l'action rendue à l'absent, le nom de contre-publicienne ou publicienne rescisoire. Cette dernière dénomination se trouve aussi dans un texte de Paul (D., XLIV, 7, 35). Faut-il en conclure que le préteur Publicius a créé deux actions, l'une fondée sur la fiction que l'usucapion commencée est accomplie, l'autre sur la fiction que l'usucapion accomplie ne l'est pas ? Le doute vient de ce que le titre du Digeste *de Publiciana actione* ne fait aucune allusion à la Publicienne rescisoire. Et pourtant les Institutes (IV, 6, 3-5) présentent cette action comme la contre-partie de la Publicienne, ce qui concorde avec le texte de Paul. Il y a là une difficulté dont on a proposé plusieurs explications (cf. Cuq, *l'Edit Publicien*, 1877, p. 17 ; Appleton, *Propriété*, II, 59). Dans l'opinion la plus répandue, on écarte le texte de Paul en disant qu'il parle de la Publicienne ordinaire et non de notre action rescisoire qui est une revendication fictice, et celui de Inst., 3, en supprimant le mot *possessor* ou, ce qui revient au même, en lisant *possessorem*, qui fait double emploi avec *adversarium*. A l'appui de cette correction, on invoque la paraphrase de Théophile ; mais la valeur de ce témoignage est très contestable, et M. Appleton (*Compensation*, p. 30-50) partage aujourd'hui sur ce point notre manière de voir. Quant au texte de Paul, vise-t-il réellement la Publicienne ordinaire? Lenel (*E. P.*, I, 141) dit seulement qu' « on serait tenté de le croire ». Il y a en effet une objection ; cette Publicienne n'est pas donnée *contra jus civile*. Il faut donc reconnaître que l'opinion commune écarte la difficulté sans la résoudre.

(3) C'est une procédure analogue à celle de la requête civile (pr. 501-502 ; cf. Glasson, *Précis de procédure civile*, II, 85).

(4) Il en était ainsi pour la restitution des mineurs (Jul., 57 Dig., D., XXI, 2, 39 pr. ; Paul, D., IV, 4, 24 ; Ulp., *eod.*, 13, 1), probablement parce que l'Édit réservait au Préteur le droit d'*animadvertere*. Cf. Pernice, *Festg. f. Beseler*, 52.

(5) L'Édit emploie diverses expressions : *Ratum non habebo* pour la crainte ; *quasi id factum non sit* pour la *capitis deminutio ; animadvertam* pour la minorité ; *in integrum restituam* pour l'absence ; *dabo in integrum restitutionem* pour le procès intenté contre un faux tuteur.

patrimoine de l'ayant droit dans l'état où il se trouverait si l'acte rescindé n'avait pas eu lieu. Celui par exemple qui, par le fait du magistrat, a perdu le droit d'exercer une action temporaire n'obtiendra que la restitution des jours pendant lesquels il a été empêché d'agir (1). L'Édit réserve toutefois la faculté d'accorder une courte prorogation du délai, lorsque l'ayant droit n'a commis aucune négligence (2). Le demandeur peut, le cas échéant, réclamer les fruits ou intérêts qu'il aurait perçus, mais il doit rendre ce qu'il a lui-même touché sans cause (3).

IV

ENVOI EN POSSESSION.

Le Préteur ne s'est pas contenté de sanctionner d'une manière efficace les droits des citoyens : il en a, dans certains cas, facilité l'exercice au moyen d'une *missio in possessionem*. L'envoi en possession est une autorisation donnée par le magistrat de prendre possession des biens d'autrui (4). C'est une mesure conservatoire établie dans l'intérêt de certains créanciers ou de certains ayants droit à une hérédité (5). C'est aussi très souvent le préliminaire de la voie normale d'exécution : la *bonorum venditio*.

Le décret du magistrat confère, en général, non pas la possession proprement dite, mais seulement la faculté de détenir et de garder provisoirement les objets compris dans l'envoi en possession (6). Bien qu'il ne porte atteinte ni à la propriété ni à la

(1) Jul., D., IV, 6, 26, 7-8 : *Ait rescissionem usucapionis ita faciendam ut hi dies restituantur quibus actor agere voluit et interventu feriarum impeditus est.*

(2) Ulp., *eod.*, 15, 3; Paul, 16 : *Totumque istud arbitrio Prætoris temperabitur, id est, ut ita demum restituat, si non negligentia sed temporis angustia non potuerunt litem contestari.*

(3) Pap., ap. Ulp., D., IV, 6, 23, 2; Gaius, 4 ad Ed. prov., D., IV, 4, 27, 1; Paul, *eod.*, 24, 4. Le mineur n'est en principe tenu de rendre que dans la mesure de son enrichissement (Ulp., *eod.*, 7, 5).

(4) L'usage de la *missio in bona* remonte au VIIe siècle : la *missio ventris nomine* est connue de Servius (p. 617, 6); celle des créanciers d'un insolvable a dû être introduite avec la *bonorum venditio* par le préteur Rutilius (cos. 649), à l'exemple de celle qui était, au siècle précédent, admise en droit public (I, 487, 5. II, 766); celle de l'édit Carbonien est connue de Labéon (ap. Ner., D., XXXVII, 10, 9); celle des légataires est dans Ofilius (p. 665, 2); celle de la veuve, dans Pegasus, sous Vespasien (p. 724, 3).

(5) En cela, les envois en possession dont il va être parlé diffèrent de la *bonorum possessio* à titre d'héritier : celle-ci donne également lieu à une *missio in bona*, mais cette *missio* est un acte créateur de droit et non plus un moyen de garantir un droit préexistant.

(6) Cic., *p. P. Quint.*, 27; Paul, D., XLI, 2, 3, 23 : *Non possessionem sed custodiam rerum et observationem concedit;* Ulp., 69 ad Ed., D., XLIII, 17, 3, 8.

possession, c'est une mesure assez grave pour que le droit de la prescrire ait été réservé aux magistrats investis de l'*imperium mixtum* (p. 709, 3). La délégation de ce droit aux magistrats municipaux, en cas d'urgence, a été difficilement admise (1).

L'envoi en possession s'applique le plus souvent à un patrimoine, quelquefois à un objet particulier. La *missio in bona* est accordée dans deux séries d'hypothèses : 1° à certains créanciers pour la sauvegarde de leurs droits : *a.* créanciers d'un insolvable ou d'un *indefensus* (*rei servandæ causa*) (2) ; *b.* légataires à terme ou conditionnels sur les biens héréditaires ou sur la part de l'héritier grevé du legs (*legatorum servandorum causa*) ; *c.* depuis Caracalla, légataires dont la créance est exigible, sur les biens personnels du grevé (*missio Antonina*) (p. 665, 7) ; *d.* veuve sur les biens de son mari (*dotis servandæ causa*) (3) ; 2° aux personnes appelées à une hérédité, mais dont le droit est éventuel, contesté ou susceptible de l'être, ou qui, n'étant pas saines d'esprit, ne peuvent accepter la succession (4). Dans les trois premiers cas, l'envoi en possession est à la fois un moyen d'empêcher les détournements et d'exercer une pression sur le débiteur (5); dans le troisième cas, le légataire a le droit de se payer sur les revenus, s'il n'a reçu satisfaction dans les six mois; il en est de même de la veuve à dater de l'envoi en possession.

L'envoi en possession d'un objet particulier est usité : 1° en cas de refus de la *cautio damni infecti*. Il confère la garde de la chose et la faculté de faire les réparations nécessaires. Il prend fin lorsque le propriétaire fournit la *cautio* et rembourse les dépenses déjà faites (6). Dans le cas contraire, au bout d'un délai dont le magistrat est seul juge, un second décret attribue la possession exclusive au *missus* qui désormais a un titre pour usucaper (p. 194, 4) ; 2° lorsque le défendeur à la revendication est

(1) Ulp., D., II, 1, 3; XXXIX, 2, 4, 3; Paul, D., L, 1, 26, 1.

(2) D., XLII, 5; cf. Lenel, *E. P.*, 332-340.

(3) Peg., ap. Ulp., 16 ad Ed., D., VI, 1, 9; Marcel., D., XLVI, 3, 48; Ven., 5 Int., D., XLIV, 3, 15, 4. La création sous Justinien de l'hypothèque légale de la femme a rendu inutile cette *missio* (p. 808).

(4) Cette *missio* est accordée : 1° à la mère d'un enfant simplement conçu (*ventris nomine*), et qui aura, s'il naît vivant, vocation à la succession de son père (p. 617, 6); 2° en vertu de l'édit Carbonien, à l'impubère en tutelle, appelé à une succession, mais dont l'état est contesté (Ulp., D., XXXVII, 10; 1 pr.); 3° au curateur d'un fou appelé à une succession (p. 623, 7); 4° en vertu d'un édit d'Hadrien, à l'héritier institué qui produit un testament d'apparence régulière (p. 616, 6); 5° au demandeur en pétition d'hérédité, lorsque le possesseur se cache pour éviter la poursuite (Pius, ap. Ulp., D., XLII, 4, 7, 19).

(5) Ulp., D., XXXVI, 4, 5 pr. : *Ut tædio perpetuæ custodiæ extorqueat heredi cautionem.*

(6) D., XXXIX, 2, 7 pr. ; Ulp., *eod.*, 7, 21-27, 31-34. Cf. t. Ier, 355.

absent ou *indefensus* (1). — L'envoyé en possession est protégé soit par voie d'interdit, soit par une action *in factum* (2), exceptionnellement par la force publique (3).

CHAPITRE II

Organisation judiciaire et procédure.

I

ORGANISATION JUDICIAIRE.

1. Jurisdictio. — L'administration de la justice civile n'a pas été séparée par la constitution romaine des autres branches de l'administration : le principe de la séparation des pouvoirs appartient au droit moderne. En fait, cependant, il y a, depuis l'institution de la préture (1, 119), un ou plusieurs magistrats plus spécialement chargés de la *jurisdictio*. La *jurisdictio* comprend l'ensemble des pouvoirs attribués à un magistrat en tant qu'il est chargé de l'administration de la justice civile. Parmi ces pouvoirs, on peut distinguer : 1° ceux qui sont communs à tous les magistrats : décider s'il y a lieu d'accueillir une demande et d'organiser une instance (*jurisdictio*) au sens étroit (I, 23) ; juger l'affaire (*judicatio*), ou plus ordinairement en remettre l'examen à un juge (*judicis datio*), prendre des mesures préventives ou d'exécution (4) ; 2° ceux qui sont réservés aux magistrats investis de l'*imperium*, à l'exclusion des magistrats municipaux : envoi en possession, stipulation prétorienne, interdit, restitution *in integrum ;* 3° ceux qui sont étrangers à l'administration de la justice et sont conférés par des lois spéciales à certains magistrats et ne peuvent être délégués par eux à un mandataire : droit de

(1) Cels., ap. Ulp., D., XLII, 4, 7, 17.

(2) D., XLIII, 4, 1 pr. ; Paul, D., XLII, 4, 14 ; Ulp., D., XLII, 5, 9 pr.

(3) Pour assurer l'exécution d'un fidéicommis (Ulp., 68 ad Ed., D., XLIII, 4, 3 pr.). Un autre texte d'Ulpien (52 ad Ed., D., XXXVI, 4, 5, 27) semble donner la même décision pour les legs, mais il est peu vraisemblable qu'on ait admis l'envoi d'un *viator* ou d'un *officialis Præfecti* dans un cas régi par le *jus ordinarium*. Ulpien lui-même (D., XXV, 5, 1, 2) trouve ce procédé peu régulier (*melius et civilius facit si...)* et conseille de ne pas recourir à la *manus ministrorum*. La règle doit donc être restreinte aux fidéicommis dont Ulpien s'occupait aussi dans ce fragment (5 pr.). Cf. p. 665, 4 ; Lenel, II, 742, 1.

(4) T. I[er], 477, 4. Les magistrats municipaux ont le droit de procéder à une *pignoris capio* (Ulp., 18 ad Ed., D., IX, 2, 29, 7), à une exécution sur la personne (loi Rubria, c. 21 : *duci jubebo*). Le droit d'infliger une amende (*mulcta*) est un attribut de la *judicatio* (Ulp., D., L, 16, 131, 1 ; Loi de Malaca, c. 66).

nommer des tuteurs, d'autoriser l'aliénation des fonds ruraux ou suburbains des mineurs, de présider aux transactions relatives aux créances d'aliments ; 4° ceux qui ne se rattachent qu'en apparence à l'administration de la justice : présider les actes juridiques qui ont lieu en la forme d'un procès fictif. Ce pouvoir appartient à la juridiction gracieuse (I, 440) : les magistrats municipaux ne peuvent l'exercer que par une faveur spéciale (1). En somme, l'office des magistrats supérieurs est très large (2) : il n'est pas limité aux affaires contentieuses ; il s'étend même à des actes extrajudiciaires (3).

II. Magistrats investis de la « jurisdictio ». — Les Préteurs urbains et pérégrins sont spécialement chargés de la juridiction civile : ils l'exercent personnellement à Rome; par leurs délégués (*præfecti juri dicundo*) (I, 706), en Italie. A côté d'eux, les édiles curules ont conservé la juridiction pour les contrats conclus à Rome au marché des esclaves et du bétail (I, 607). En Italie, les délégués du Préteur ont presque entièrement disparu après la concession du droit de cité aux Italiens (p. 5) ; ils sont remplacés par des magistrats municipaux dont la compétence est limitée aux affaires de moindre importance (4); pour les autres, c'est au Préteur qu'on doit s'adresser (5).

Dans les provinces, la juridiction appartient, sous la Répu-

(1) Paul, II, 25, 4; Constantin, C., VII, 1, 4. Cf. p. 709, 3.

(2) Ulp., Reg., D., II, 1, 1. Sur la formation de cette notion complexe de la *jurisdictio*, cf. notre article Jurisdictio (*Dict. des Antiq.*, V, 727).

(3) Nous ne donnerons que des notions très sommaires sur l'organisation judiciaire à l'époque impériale : on trouvera les détails dans le livre classique de Bethmann-Hollweg, *Röm. Civilprozess*, 1866, t. II et III, et dans Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, dont le t. 1[er] seul est publié (1901).

(4) Ces magistrats semblent être les mandataires légaux du Préteur; ils sont traités comme tels : ils n'ont ni l'*imperium mixtum* ni la *legis actio;* leur compétence est restreinte aux affaires où l'intérêt en jeu ne dépasse pas un taux variable suivant les cités : 10,000 sesterces à Este (Bruns, *Fontes*, 102), 15,000 d'après la loi Rubria (c. 21) ; ils ne peuvent connaître des procès relatifs à la liberté (Isidor, *Or.*, XV, 2 10), ni des actions infamantes, sauf convention contraire des parties, lorsque l'intérêt du litige ne dépasse pas 10,000 sesterces (Frg. d'Este). Il y a des cas où ils doivent en référer au Préteur, d'autres où le Préteur peut étendre leurs attributions (p. 713, 2); c'est lui qui fait respecter leur juridiction par une action pénale (I, 485, 1-2).

(5) La juridiction du Préteur sur l'Italie a été restreinte par la création sous Hadrien de quatre *consulares* nommés *judices per omnem Italiam* (Spart., *Hadr.*, 22, 13). Supprimés par Antonin le Pieux, ces *judices* furent rétablis par Marc-Aurèle et Verus sous le nom de *juridici;* mais ils sont choisis parmi les personnages de rang prétorien, et leur nombre n'est plus limité à quatre ; ils sont chargés chacun d'un district de l'Italie. Dès lors, on distingue l'*urbica diocesis* soumise à la juridiction du Préteur, et la *regio quam juridicus administrat.* (*Vat. fr.*, 205, 241). Mais c'est une question discutée que de savoir si les *juridici* ont la plénitude de la juridiction : le terme *judices*, employé par un écrivain d'une époque assez basse, ne nous paraît pas suffisant pour l'affirmer. Les documents juridiques et épigraphiques leur attribuent seulement la juridiction en matière de tutelle, de fidéicommis (Scæv., D., XL, 5, 41,

blique, au gouverneur, mais il la délègue ordinairement à son questeur, à son légat ou à un personnage de sa suite (1). Sous l'Empire, la juridiction est attribuée dans les provinces sénatoriales (2) à un légat qui l'exerce comme mandataire du proconsul (3), et à un questeur qui remplit des fonctions analogues à celles des édiles curules (4) ; dans les provinces impériales, elle est directement déléguée par l'empereur soit à des *legati juridici* (5) qui l'exercent dans la province tout entière ou dans un district (6), soit au gouverneur lui-même qui l'exerce en qualité de propréteur avec l'assistance de *comites* ou d'asses-

5), d'éligibilité au décurionat (Fronto, *Ad amicos*, 2, 7). Ils ont aussi la juridiction gracieuse (Ulp., D., I, 20, 1) et suppléent les préfets alimentaires pour l'application des mesures prises par le Sénat en vue de réduire les frais des jeux des gladiateurs (*C. I. L.*, II, 6278). Cf. Mommsen, trad., V, 387.

(1) Cic., *Verr.*, II, 18, 44; *p. Flac.*, 21, 49; *ad Att.*, V, 21, 6.

(2) La distinction des provinces sénatoriales et impériales remonte à Auguste : il se réserva depuis 727 l'administration des provinces qui n'étaient pas encore pacifiées et avaient besoin d'être surveillées par les légions (Gaule, Syrie, Espagne citérieure); ses successeurs y ajoutèrent les provinces conquises depuis 727. Les provinces sénatoriales sont administrées par un proconsul de rang consulaire (Asie, Afrique) ou prétorien, qui n'a plus de pouvoir militaire; les provinces impériales par un lieutenant de l'empereur (*legatus*) de rang consulaire ou prétorien, suivant qu'il a sous ses ordres plusieurs légions ou une seule. Certaines régions où il parut impossible d'introduire le régime ordinaire des provinces en raison de la nature du pays (contrées alpestres) ou des mœurs des habitants (Judée, Thrace, Maurétanie) furent confiées à des gouverneurs impériaux, de l'ordre équestre : ils portent le titre de *procurator et præses* ou simplement *præses*. Les provinces impériales diffèrent encore des provinces sénatoriales au point de vue du recrutement, du cens et de l'impôt appelé *tributum* dans les unes, *stipendium* dans les autres. Le *tributum* est une redevance imposée par les agents financiers de l'empereur, d'après la fortune du contribuable, et payée directement par lui. Le *stipendium* est une somme fixe due en bloc par une cité qui en répartit le montant entre les habitants. Cette différence quant au mode de perception de l'impôt s'est effacée peu à peu. Pomponius (D., L, 16, 27) identifie *stipendium* et *tributum*.

(3) Ulp., 1 de off. proc., D., I, 16, 4, 6; 6, 1; Pap., *eod.*, 5. Un Sc. de Marc-Aurèle confère aux légats le droit de nommer des tuteurs (Ulp., D., XXV, 1, 5, 1, 1; Lic. Ruf., D., I, 16, 15). La *jurisdictio mandata* confère l'*imperium mixtum* (Macer., D., I, 21, 4, 1) et une *modica coercitio* (Paul, *eod.*, 5, 1; Ven., D., I, 16, 11). Le pouvoir des légats est essentiellement personnel (Jul., D., II, 1, 5).

(4) Gaius, I, 6.

(5) Un Sc. de 176-177 (*C. I. L.*, II, 6278) les appelle *ii qui jus dicunt c. v.* L'Egypte est dans une situation à part : elle est divisée en trois épistratégies ayant chacune à sa tête un Romain investi de tous les pouvoirs civils et militaires, gouvernée par un préfet (p. 65) qui a la juridiction volontaire (Tac., *Ann.*, XII, 60). Chaque épistratégie est divisée en nomes ou cantons administrés par un stratège qui a une juridiction inférieure. Aucune ville n'a de constitution municipale, sauf quelques cités grecques comme Ptolémaïs dans la Thébaïde. Par exception, Alexandrie est administrée par un *procurator* nommé par l'empereur *ad jus dicendum*; c'est le *juridicus Alexandriæ*. Ses attributions judiciaires furent restreintes à la juridiction volontaire, lorsque S. Sévère rendit aux habitants d'Alexandrie le droit d'avoir un conseil élu comme au temps des Ptolémées. Cf. Collinet, Stein, *Arch. f. Papyrusf.*, I, 293; 445.

(6) *C. I. L.*, III, 2864; II, 2415.

seurs (1). Le magistrat suprême est l'empereur qui peut toujours évoquer une affaire à son tribunal : il fait rarement usage de ce droit en première instance; il se réserve les causes d'appel (2).

III. Du lieu (3) et du temps consacrés a la « jurisdictio ». — Les actes de la juridiction contentieuse doivent être accomplis par le magistrat siégeant sur son tribunal (*pro tribunali*) (4); mais il peut, hors de son siège (*de plano*), donner acte d'une requête ou exercer la juridiction gracieuse (5).

Dans les provinces, le lieu de la juridiction n'est pas nécessairement situé dans la ville où réside le gouverneur. Il est d'usage que le magistrat chargé de la juridiction se transporte, à certaines époques, dans les villes principales pour y tenir des assises. Chaque province se trouve ainsi partagée en une ou plusieurs circonscriptions judiciaires appelées *conventus* (6).

Les jours consacrés à la juridiction, aux premiers siècles de la République (I, 446; 419), étaient en nombre insuffisant. Dès le v[e] siècle, la loi Hortensia décida, dans l'intérêt des habitants de la banlieue de Rome, que les jours de marché ne seraient plus des jours fériés. L'accroissement de la population rendit nécessaire une réforme des anciens usages. Dès le temps de Cicéron, certains préteurs exerçaient la juridiction même les jours néfastes (7) : à une époque de scepticisme, l'obstacle provenant de la religion était de peu de poids. J. César, Auguste et Claude, augmentèrent le nombre des jours fastes pour assurer aux citoyens une prompte justice (8). Un Sc. du règne de Marc-Aurèle en fixe le nombre à 230; le reste de l'année, on ne peut, à peine de nullité, procéder, sans la volonté des parties, à aucun acte judiciaire (9).

IV. Limites de la « jurisdictio ». — La *jurisdictio* est contenue dans une double limite : elle ne peut s'exercer que sur un territoire déterminé et relativement à certaines personnes. A cette double condition le magistrat est compétent.

(1) Dig., I, 22; cf. Édouard Cuq, *Conseil des Empereurs*, p. 353.
(2) *Ibid.*, p. 441.
(3) Ce lieu s'appelle *jus* (Ulp., D., I, 1, 2).
(4) Ulp., 39 ad Ed., D., XXXVII, 1, 3, 8.
(5) *Vat. fr.*, 112; cf. Ulp., D., I, 16, 9, 3; Gaius, I, 20; *Vat. fr.*, 156.
(6) Fest., *h. v°* : *Cum a magistratibus judicii causa populus congregatur*; Plin., *H. n.*, III, 3 et *passim*; cf. t. I[er], 418, 4, sur l'inscription des causes au rôle de la session. En Égypte, cette inscription avait lieu sur le vu d'une requête adressée aux autorités locales et transmise par elles au président du *conventus* (Papyrus de Berlin, n° 226; cf. Mitteis, *Hermes*, XXX, 572; XXXII, 644).
(7) Macrob., *Sat.*, I, 15; Q. Muc., ap. Varr., *L. l.*, VI, 30.
(8) Treb., ap. Macrob., I, 14; 10; Suet., *Aug.*, 32; *Claud.*, 23; cf. Voigt, *Ueber die leges Juliæ judiciorum publicorum und privatorum*, 1893.
(9) Capitol., *M. Aur.* 10; Ulp., 77 ad Ed., D., II, 12, 6.

1° La compétence territoriale est restreinte, pour les magistrats municipaux, au territoire de la cité ; pour les gouverneurs de provinces à celui de la province (1), pour le Préteur à l'Italie (2) ; depuis Marc-Aurèle, à l'*urbica diocœsis* au moins pour certaines affaires. Hors de ce territoire, le magistrat n'a aucune autorité : il n'est qu'un simple particulier (3). Seule la compétence du prince s'étend à tout l'Empire.

2° La compétence quant aux personnes est en général déterminée par le domicile du défendeur, même en matière réelle : *actor sequitur forum rei* (4). Mais un magistrat de Rome ou d'un municipe peut connaître des procès intéressant un citoyen de Rome ou du municipe, alors même qu'il n'y serait pas domicilié : c'est le *forum originis* par opposition au *forum domicilii* (5). Les règles sur la compétence quant aux personnes ne sont pas d'ordre public : la loi Julia *privatorum* permet d'y déroger (6). La prorogation de juridiction est également admise lorsque le magistrat est incompétent en raison de la valeur du litige (7). La convention relative à la prorogation de juridiction peut être tacite : dans les obligations contractuelles, on présume que les parties ont entendu se soumettre à la juridiction du lieu où l'obligation s'est formée ou du lieu fixé pour l'exécution : c'est le *forum contractus* (8).

V. Juges. — La distinction du magistrat et du juge a été maintenue : la division de la procédure en deux phases *in jure* et *in judicio* avait l'avantage d'accélérer la solution des litiges et de diminuer les dangers d'une justice partiale. En confiant la mission de juger à de simples particuliers, on atténuait les inconvénients résultant de l'omnipotence des magistrats (9).

(1) Sic. Flacc., I, 135; Ulp., 1 Disp., D., I, 16, 1.
(2) Les décrets du Préteur sont exécutoires même en province (Cic., *p. Quint.*, 6).
(3) Pomp., D., L, 16, 239, 8 ; Paul, D., I, 18, 3 ; D., XLII, 1, 12.
(4) Diocl., *Vat. fr.*, 326. Le *forum rei sitæ* apparaît au Bas-Empire (p. 868).
(5) Gaius, 1 ad Ed. prov., D., L, 1, 29. Cicéron (*de leg.*, II, 2) dit que les *municipes* ont deux patries, l'une naturelle, l'autre politique : leur municipe et Rome. Il ne faut pas en conclure qu'on puisse toujours les citer devant l'un ou l'autre de ces magistrats : pour les citer devant le Préteur, il faut qu'ils soient de passage à Rome, et encore peuvent-ils, sauf en matière délictuelle, décliner sa compétence en invoquant le droit d'être jugés chez eux (*jus domum revocandi*) (Paul, D., V, 1, 24, 1 ; Cels., ap. Ulp., *eod.*, 2, 3).
(6) Ulp., *eod.*, 2, 1. Est nulle la convention entachée d'erreur ou de violence. (Jul., *eod.*, 2 pr. ; Ulp., *eod.*, 19, 2).
(7) Paul, 1 ad Ed., D., L, 1, 28.
(8) Jul., D., XLIV, 7, 21 ; Gaius, D., XLII, 5, 3. Cf. Savigny, VIII, 205.
(9) C'est l'idée qui a inspiré la loi des 16-29 septembre 1791 sur l'institution du jury en matière criminelle; on a voulu protéger les droits de la défense et donner à la liberté des citoyens une garantie contre les persécutions du pouvoir exécutif et contre les préventions des magistrats.

Le *munus judicandi*, d'abord réservé aux sénateurs (I, 418, 2) parce que leur position sociale avait paru une garantie d'impartialité, fut, à la suite de l'absolution scandaleuse de certains concussionnaires, transféré, en 632, aux chevaliers. Sylla le restitua aux sénateurs en 673 (1), mais en 684 la loi Aurelia établit un système transactionnel ; elle décida la création de trois décuries ou sections de juges formées : la première, de sénateurs ; la seconde, de chevaliers ; la troisième, de *tribuni ærarii* (2). Ces derniers furent exclus par J. César, en 708 ; la troisième décurie fut, comme la seconde, composée de chevaliers.

La liste des juges comprenait, à la fin de la République, environ 900 membres, 300 dans chaque section. Auguste porta à 1,000 le nombre des juges de chaque décurie, puis, pour les affaires civiles de peu d'importance, il ajouta une quatrième décurie, recrutée parmi les citoyens ayant la moitié du cens équestre (200,000 sesterces) (3) ; Caligula en créa une cinquième recrutée de la même manière (4). Cette augmentation rapide du nombre des juges fut la conséquence de l'extension de leurs attributions : jusqu'au VIIe siècle, ils ne connaissaient que des affaires civiles et seulement lorsque les parties n'étaient pas d'accord pour désigner un citoyen chargé de trancher leur différend (I, 418, 3). Depuis la loi Calpurnia, de 605, et l'institution des *quæstiones perpetuæ,* ils ont aussi à juger des affaires criminelles. — La liste des jurés, dressée sous la République par le préteur urbain, le

(1) Cic., *Verr.*, I, 13, 38.

(2) T. Ier, 430, 6 ; cf. sur cette loi notre article Lex (*Dict. des Antiq.*, V, 1131).

(3) En abaissant le chiffre du cens requis pour figurer sur les listes des juges, Auguste donnait des garanties au peuple et lui assurait une justice plus impartiale en ne le laissant pas à la merci des ordres les plus élevés. Cette innovation paraît avoir été étendue à certaines colonies romaines : d'après une inscription de Narbonne (*C. I. L.*, XII, 4333), les plébéiens de cette colonie chargèrent trois *equites a plebe* et trois *libertini* d'offrir le 31 mai de chaque année un sacrifice en l'honneur d'Auguste, parce qu'en ce jour de l'an 11, *judicia plebis decurionibus conjunxit.* Ces expressions semblent bien indiquer une participation des plébéiens au *munus judicandi.* Auguste imposa aux décurions les instances organisées par-devant des juges plébéiens. Cette manière de voir, que nous avons défendue (*Mélanges d'archéologie et d'histoire de l'Ecole française de Rome*, I, 298) après Keller (*Prozess*, § 10, 159) et Bethmann-Hollweg (II, § 66, 33), a été combattue par Mommsen (ad C. I. L., *loc. cit.*) : le mot *judicium* aurait ici le sens d'approbation. Mais les textes qu'il cite à l'appui, comme ceux qu'Henzen et Herzog avaient cités autrefois, sont d'une époque bien postérieure, de la fin du IVe ou du Ve siècle. Quelle autorité peut avoir Sidoine Apollinaire pour donner le sens d'un mot au siècle d'Auguste ! Le mot *judicium* dans le sens d'instance se trouve dans Cicéron (*p. Planc.*, 8 : *plebem a judicio dimissam ; p. Cluent.*, 28 : *ejus ordinis judicia*) et dans Salluste (*Ep. ad Cæs.*, I, 7, 12 : *judicia primæ classis mittenda putem ;* cf. Belot, *Chevaliers*, I, 235). Quant à la construction de la phrase, cf. Gaius, IV, 172 : *actionis periculum alicui conjungere,* bien que certains éditeurs corrigent sans motif le manuscrit et lisent *injungere.*

(4) Suet., *Cæs.*, 41 ; *Aug.*, 32 ; *Calig.*, 16.

fut sous l'Empire par le prince. L'âge minimum, qui était de 35 ans, fut abaissé à 30, puis à 20 ans, mais on ne pouvait être forcé de juger avant 25 ans. Il fallait de plus être Italien ; les provinciaux n'ont été admis que difficilement. Les fonctions de juge étaient viagères, mais il y avait des causes de dispense (1).

A côté des *judices selecti*, il existe au dernier siècle de la République deux collèges de juges : les décemvirs *stlitibus judicandis* et les centumvirs (I, 404). Les attributions du premier collège ont été modifiées au début de l'Empire; on a retiré aux décemvirs le jugement des procès relatifs à la liberté (p. 141, 3), et on leur a conféré une fonction nouvelle : ils sont chargés, sous la haute direction d'un préteur (*hastarius*), de présider les sections (*hastæ*) du tribunal des centumvirs aux lieu et place des questeurs (2). L'organisation du second collège a reçu une autre modification : le nombre de ses membres, d'abord fixé à 105, a été augmenté; sous Trajan, il dépassait 180 (3). Les centumvirs ont conservé leur compétence en matière de succession jusqu'au IIIe siècle (4).

II

PROCÉDURE.

I. Forme de la procédure. — La procédure, sous l'empire de laquelle s'est formé le droit classique, est la procédure par formules. Elle a pour but d'obtenir du Préteur l'institution d'un juge et une instruction écrite précisant la question soumise à son examen et à sa décision. Cette instruction, rédigée en termes appropriés à chaque espèce (*concepta verba*), a de bonne heure été conçue, dans les cas semblables, en termes identiques et a reçu le nom de *formule* (I, 485). Les avantages de cette procédure qui, suivant l'opinion la plus vraisemblable, fut d'abord employée par le Préteur pérégrin (5), en firent généraliser l'ap-

(1) Callistr., D., IV, 8, 41 ; Plin., *H. n.*, XXXIII, 1, 30; *Vat. fr.*, 197-198.
(2) Suet., *Aug.*, 36. Le préteur *ad hastas* (*C. I. L.*, VI, 1365; XIV, 3602) restait étranger à la *legis actio* qui s'accomplissait devant le préteur urbain ou pérégrin.
(3) Plin., *Ep.* VI, 33. Cf. E. Chénon, *Le tribunal des centumvirs*, 1881.
(4) Pap., D., XXXI, 76; Paul., D., V, 2, 17 pr. ; Ulp., *eod.*, 8, 14.
(5) C'est l'opinion générale. Cf. t. Ier, 712; Wlassak, *Prozessgesetze*, 1891, II, 301 ; Erman, *Z. Sav. St.*, 1898, p. 276. Les doutes émis par quelques auteurs ne nous paraissent pas fondés, car si la procédure *per concepta verba* n'avait pas été usitée avant la loi Æbutia, tout au moins devant le préteur pérégrin, comment aurait-on persuadé au peuple d'autoriser le Préteur à l'employer? Les membres des comices n'auraient pu apprécier les avantages d'une procédure qu'ils n'avaient jamais vu fonctionner. Mais si la procédure *per concepta verba* a été de bonne heure usitée devant le préteur pérégrin, pourquoi la loi Calpurnia *repetundarum* de 605 et la loi

plication (1) : elle resta à peu près seule en usage, lorsque les lois judiciaires d'Auguste (2), complétant la loi Æbutia, eurent exclu les actions de la loi dans la plupart des cas (3). Désormais le Préteur délivra des formules, non plus seulement en vertu de son *imperium,* mais aussi en vertu de la loi ; il put, grâce à elles, assurer ou étendre l'application de la loi, en combler les lacunes, en corriger les effets lorsqu'ils étaient contraires à l'équité. Entre ses mains la formule a été un instrument de progrès et de développement du droit : elle lui a fourni le moyen de mettre chaque année le droit en rapport avec l'état social, de donner une satisfaction immédiate aux besoins nouveaux de la pratique sans recourir à l'intervention du législateur (I, 484) (4). Sa souplesse a permis de réaliser pratiquement la cession de

Junia ont-elles donné aux pérégrins l'action de la loi par serment pour se faire restituer les sommes que les magistrats provinciaux leur avaient indûment extorquées? C'est que la délivrance d'une formule dépendait de la volonté du Préteur, et qu'on voulut, dans ce cas spécial, soustraire les pérégrins à l'arbitraire des magistrats. On leur accorda une autre garantie : le jugement du procès fut confié, non pas à l'*unus judex,* mais à un conseil composé de jurés et présidé par un Préteur.

(1) La procédure formulaire s'étant introduite progressivement, on ne saurait fixer avec certitude la date de son apparition. Elle est sûrement bien antérieure à Cicéron qui parle de la *vetustas* de l'édit prétorien (*de inv.*, II, 22) et affirme que les formules sont si nombreuses que *in re infinita;* il est permis d'en omettre quelqu'une (*Top.*, 8). D'après M. Girard (*N. Rev. hist.*, XXI, 289), elle ne remonterait pas au delà du VI[e] siècle, entre 605 et 630 ; mais cette opinion ne concorde guère avec les déclarations de Cicéron, ni avec divers textes qui prouvent l'existence de l'*arbitrium* en matière de vente dans la seconde moitié du VI[e] siècle et sa transformation en *judicium*, en vertu d'un accord préalable entre les parties. Le témoignage de Celsus relatif à S. Ælius (t. I[er], 603, 3) est confirmé par celui de Caton, mort en 605. Dans son *de re rustica*, 149, il rapporte les clauses de la *lex pabuli : Si quid emptor... domino damni dederit, boni viri arbitratu resolvat. Si quid dominus... emptori damni dederit, viri boni arbitratu resolvetur... Si quid de iis rebus controversiæ erit, Romæ judicium fiat.*

(2) L'attribution de ces lois à Auguste est rendue vraisemblable par le rapprochement de Macrob., *Sat.*, I, 10, 4 ; Suet., *Aug.*, 32; Dio, LIV, 18 ; Mod., D., XLVIII, 14, 1, 4. La disposition citée par Dion Cassius est de l'an 737. Cf. notre article Lex (*Dict. des Antiq.*, V, 1149) ; Wlassak, I, 184; Voigt, *leges Juliæ*, 20.

(3) La *legis actio* subsiste en matière de *damnum infectum* et devant le tribunal des centumvirs (Gaius, IV, 31). Voir t. I[er], 356, 2 ; 405, 3. On trouve encore des traces de cette procédure dans Pomp., D., XLVII., 7, 6, 2; XLIII, 27, 2; Scæv., D., XXXIX, 2, 45, et surtout dans les *Notæ juris* d'un contemporain de Domitien, Valerius Probus. Cf. Voigt, *Rg.* I, 833. — Le maintien partiel de la *legis actio* sous l'Empire prouve qu'à aucune époque on n'a pris de mesure générale contre la procédure des actions de la loi. On s'est contenté d'en exclure l'application d'une manière plus ou moins large, soit pour des raisons politiques comme le fit la loi Æbutia, soit, comme au temps d'Auguste, pour simplifier la tâche du magistrat et consacrer un usage déjà très répandu.

(4) Dans quelle mesure fut-elle appliquée avant Auguste aux procès entre citoyens? La question est discutée. D'après l'opinion qui nous paraît la plus probable, la procédure nouvelle fut appliquée : 1° depuis la loi Æbutia, aux cas où l'on procédait anciennement *per condictionem* (I, 715); 2° aux rapports qui n'étaient pas sanctionnés même avant la loi Æbutia par une action de la loi. Le Préteur délivra ici des formules, d'abord sur la demande des parties, lorsque étant d'accord pour

créances et la représentation en justice, de donner aux tiers qui traitent avec un préposé un recours contre le préposant. Les procédés employés ont varié suivant le but à atteindre.

1° Pour substituer la formule à l'action de la loi, le moyen le plus simple consista à rédiger une formule *ad legis actionis fictionem* : on invita le juge à tenir la *legis actio* pour accomplie et à

faire trancher leur différend par voie d'arbitrage, elles voulaient que la sentence de l'arbitre eût la même valeur que celle d'un juge (I, 690) ; puis, dans des cas de plus en plus nombreux où il promit d'organiser une instance ; 3° peut-être même dans les cas où une action de la loi était possible, lorsque les parties étaient d'accord pour régler leur différend par voie d'arbitrage et demandaient au magistrat de conférer à l'arbitre les pouvoirs d'un juge. La formule pétitoire, dont l'existence au temps de Cicéron est certaine pour la Sicile (I, 415, 2), n'a pu être usitée à Rome que sous la condition qui précède, parce qu'on peut renoncer à un droit introduit en notre faveur (Jul., D., IV, 4, 41). S'il en fut autrement en province, c'est que le gouverneur n'avait pas à redouter l'*intercessio* d'un collègue ou d'un tribun. — Cette extension de la procédure formulaire fut, suivant certains auteurs (Girard, *N. Rev. hist.*, XXI, 251), la conséquence d'un pouvoir attribué au Préteur par la loi Æbutia, celui de donner à son choix une formule ou une action de la loi. Cette opinion nous semble trop large en sa conclusion, contestable en son point de départ. Rien ne prouve que le Préteur ait pu, dans tous les cas, imposer aux parties, spécialement au demandeur, l'obligation de procéder par formules ; ce que dit Gaius sur l'emploi de la formule arbitraire dans certains interdits est plutôt contraire à cette manière de voir (I, 416, 3). Quant au pouvoir attribué au Préteur, il n'est pas démontré qu'il ait eu dès l'origine une portée générale, ni qu'il ait fait absolument défaut au Préteur avant la loi Æbutia. Les arguments qu'on a présentés à l'appui ne sont pas décisifs : 1° d'après Gaius (IV, 11), il n'y avait pas d'édits, ni d'actions prétoriennes à l'époque où les actions de la loi étaient en usage ; or la loi Æbutia est la première qui ait retiré à ces actions leur caractère obligatoire ; donc Gaius exclut pour la période antérieure les édits et les actions prétoriennes. Mais ce texte ne saurait avoir le sens qu'on lui prête, car la plupart des actions de la loi ont subsisté jusqu'à Auguste, et les actions prétoriennes sont très nombreuses dès le temps de Cicéron. Gaius veut dire qu'à l'époque où les actions de la loi ont été créées (*legibus proditæ*), il n'y avait pas encore d'actions prétoriennes (voir, en ce sens, Wlassak, II, 303) ; 2° il est invraisemblable que la loi Æbutia ait introduit les formules pour remplacer uniquement l'action *per condictionem*, car, d'après Cicéron (*p. Rosc.*, 8), *sunt formulæ omnibus rebus constitutæ*. Cette objection a été réfutée par avance : voir au début de la note ; 3° l'*imperium* du Préteur, si étendu qu'on le suppose, n'a pu s'exercer contrairement à la loi : comme celui du roi, c'est un *imperium legitimum* (I, 41) ; il ne dépendait pas du Préteur d'empêcher un citoyen d'exercer une action de la loi, quelque choquant que fût le résultat ; il a donc fallu une loi pour conférer au Préteur un pouvoir qui lui faisait défaut. Cette objection procède d'une idée juste, mais la conséquence qu'on en tire est inexacte : si l'*imperium* du Préteur doit s'exercer dans les limites fixées par la loi, il reprend toute son ampleur dans les cas non prévus par elle ; c'est un devoir pour le Préteur de pourvoir aux besoins de la justice là où il n'y a pas d'action de la loi. Même pour les actes consacrés par la loi, l'*imperium* du Préteur a été plus ou moins étendu suivant les époques : ce qu'une loi permet, une autre peut le défendre. Dira-t-on que le Préteur ne doit pas se conformer à la loi nouvelle ? C'est à quoi l'on aboutit lorsqu'on soutient d'une manière absolue que le Préteur n'a pu, jusqu'à la loi Æbutia, *denegare actionem*. Il y a un exemple bien connu d'une loi antérieure que le Préteur n'a pu refuser d'observer : la loi Cincia. Si un donataire exige l'exécution d'une promesse supérieure au taux légal, dira-t-on que le Préteur devra, bon gré mal gré, présider la *legis actio*, prêter son concours à une violation de la loi Cincia ? C'est inadmissible. La loi Æbutia n'a donc pas la première conféré au Préteur la faculté de *denegare actionem*.

prononcer, le cas échéant, contre le défendeur la condamnation qu'il aurait encourue en vertu de l'action de la loi. Ce procédé fut exclu pour l'action *per condictionem,* et cela confirme la conjecture d'après laquelle cette action fut supprimée par la loi Æbutia (1) : il était impossible de faire revivre sous une autre forme une procédure condamnée par la loi. Le Préteur délivra ici une formule indépendante (*quæ sua vi ac potestate constat* (2). C'est une formule du même genre qui remplaça l'action de la loi par serment : le Préteur se contenta d'emprunter à l'action de la loi les termes usités pour affirmer le droit du demandeur (3).

2° Pour combler les lacunes de la loi (4), le Préteur précise

(1) On a objecté que la réforme de la procédure n'a pu être faite pour abolir l'action de la loi la plus récente et la plus simple. Cette objection ne porte pas si l'on admet avec nous (I, 715) que le but du législateur fut, non pas de faire une réforme générale de la procédure, mais de modifier le droit des dettes. Suivant que le parti qui avait la haute main sur les comices était favorable aux riches ou aux pauvres, la législation variait à des intervalles très rapprochés.

(2) Gaius, IV, 10. Ex. de formule *ad legis fictionem expressa*, celle qui est donnée aux publicains pour remplacer la *pignoris capio*. Ex. de formules indépendantes de l'action de la loi : les actions *certæ pecuniæ*, *triticaria*, et celles qui sanctionnent des rapports qui n'ont jamais donné lieu à une *legis actio* : commodat, fiducie, gestion d'affaires, etc. (*ibid.*, 32, 33).

(3) Action de la loi : *Hunc ego hominem ex j. Q. meum esse aio*. Formule : *Si paret hominem ex j. Q.* (Gaius, IV, 16; 41).

(4) Dans divers cas où le Préteur a proposé une formule *in factum*, on donne, à l'époque classique, une action *in jus* de bonne foi. Cette formule a tantôt remplacé la formule *in factum*, tantôt coexisté avec elle : doit-on la considérer comme dérivant de la formule *in factum?* C'est l'opinion de Wlassak (*Negotiorum gestio*, 159), mais il y a entre elles des différences si profondes que la transition d'une formule à l'autre est bien difficile à admettre. Différence quant aux pouvoirs du juge : dans l'une, il est lié par les termes de la formule qui sont autant de conditions auxquelles est subordonnée la condamnation (l'opinion contraire de Savigny, *Syst.*, V, 480, est aujourd'hui abandonnée : Thon, *Z. f. Rw.*, II, 252; Wlassak, *l. c.*; Gradenwitz, *Interpolationem*, 107; Karlowa, *Rg.*, II, 1311). Rien de pareil dans l'autre : le juge doit apprécier les rapports des parties d'après la bonne foi. Différence quant à l'objet : la formule *in factum* vise un cas spécial où le Préteur a jugé utile de réprimer le tort causé au demandeur (par exemple, l'action *neg. gest.* a été créée pour le cas de *defensio absentis*, t. Ier, 576; Lenel, *E. P.*, I, 118); la formule *in jus* invite le juge à statuer sur les prestations réciproques dues en vertu de l'acte qui motive le procès (*quid quemque cuique præstare opporteret* : Cic., *de off.*, III, 17; Gaius, III, 137 : *Quod alterum alteri ex bono et æquo præstare oportet*). Enfin, s'il y avait eu transformation de la formule *in factum* en formule *in jus*, on ne s'expliquerait pas la persistance en certains cas de la formule *in factum* (p. 380, 4); aussi Karlowa (II, 1315) préfère admettre qu'elle est postérieure à la formule *in jus*. Les actions de bonne foi ne sauraient donc être rattachées aux actions *in factum* du genre de celles qui subsistent au temps de Gaius; elles dérivent, à notre avis, d'une autre classe d'actions prétoriennes mentionnées par Cicéron d'après Q. Mucius (t. Ier, 690, 2). Ces actions présentent tous les caractères des actions de bonne foi et sont données dans les mêmes cas; ce ne sont pas encore des actions civiles, comme on l'a souvent prétendu, car on les qualifie *arbitria honoraria* (cf. Krueger, trad., 59). L'origine prétorienne de ces actions est confirmée par une réponse de Servius (p. 508, 1) et par un fragment d'Ulpien relatif à l'action de commodat *in factum*. A deux reprises (D., XIII, 6, 3, 2-3), il la rapproche des actions de bonne foi, et va même jusqu'à dire que la condamnation sera prononcée *boni judicis arbitrio* (p. 390, 2). Il est impossible d'en-

les faits matériels ou juridiques (1) desquels dépend le succès de la demande. Il prend la responsabilité de la condamnation si les faits sont vérifiés. La délivrance de la formule a lieu exclusivement en vertu de son *imperium* (2). En cela la formule *in factum* diffère de la formule *in jus* qui est donnée par le Préteur en vertu de la loi. On exprime également cette différence en disant que l'action *in jus* contient seule l'affirmation d'un droit consacré par le *jus civile* (3).

3° Pour étendre l'application des formules données en vertu de la loi, le Préteur a recours à deux moyens : il délivre, soit une formule avec transposition de personnes, soit une formule fictice. Dans le premier cas, le Préteur transfère d'une personne à une autre le bénéfice ou la charge d'une obligation déduite en justice : il lui suffit de remplacer dans la *condemnatio* le nom de la personne qui figure dans l'*intentio* comme sujet actif ou passif du droit, par celui de la personne qui doit avoir le bénéfice ou la charge de l'obligation. Telle est la formule Rutilienne (4). Dans le second cas, il sanctionne un rapport analogue à un autre rapport déjà consacré par la loi et qui n'en diffère que par l'absence de l'une des conditions requises. Tel est le cas de la for-

tendre ces textes de l'action *in factum* décrite par Gaius ; celle-ci ne laisse au juge aucune liberté d'appréciation. Il faut donc, ou admettre avec Lenel (*E. P.*, I, 292) que la bonne foi était prise en considération même dans cette formule, ce qui est sans exemple, ou reconnaître qu'Ulpien parlait de la formule *in factum* de l'*arbitrium honorarium*. Nous sommes porté à croire qu'il faut interpréter de même Ulpien (D., XVI, 3, 1, 23). M. Gradenwitz (*loc. cit.*) tient ce texte pour interpolé, parce qu'il contient une observation inutile : nul n'ignore que l'action de dépôt *in jus* est de bonne foi, tandis que l'action *in factum* ne l'est pas ; Ulpien n'avait donc aucun prétexte pour énoncer un pareil truisme. Cette objection disparaît si l'on admet qu'Ulpien a voulu signaler une différence entre l'action de dépôt *in factum* qui subsistait de son temps et l'*arbitrium honorarium* qui s'était transformé en une action civile.

(1) Payement, dol, violence. Cf. Gaius, IV, 46; t. Ier, p. 203, 4.

(2) La qualification d'*in factum civilis* donnée à certaines actions (p. 445, 3) est due aux compilateurs (Pokrowsky, *Z. Sav. St.*, XVI, 80).

(3) Cette proposition s'appuie sur le témoignage formel de Gaius, IV, 45 : *Sed eas quidem formulas in quibus de jure quæritur in jus conceptas vocamus, quales sunt quibus intendimus nostrum esse aliquid ex j. Q., aut nobis dari oportere, aut pro fure damnum decidi oportere, in quibus juris civilis intentio est.* Elle a été contestée sans succès par v. Pokrowsky, *Z. Sav. St.*, XVI, 7. D'après lui, toute action prétorienne serait *in factum,* alors même qu'elle contiendrait l'affirmation d'un droit comme les actions fictices, *adjectitiæ qualitatis*, à transposition de personnes : par suite, la *litis contestatio* produirait ici son effet *exceptionis ope* et non *ipso jure.* Mais l'auteur est obligé de reconnaître qu'il y a au moins un cas où l'effet extinctif de la *litis contestatio* se produit *ipso jure* dans une action qu'il considère comme prétorienne, celle qui est intentée par un *cognitor*. Cf. la réfutation d'Erman, *Z. Sav. St.*, XIX, 261, et le compte rendu d'Audibert, *Nouv. Rev. hist.*, XXIV, 260.

(4) P. 769, 2. Autres exemples : actions *adjectitiæ qualitatis* (p. 337, 3), actions données au *procurator* ou contre lui (p. 748, 6).

mule Publicienne(1). La formule, étendue par une fiction à un cas pour lequel elle n'a pas été proposée, est qualifiée *utile*, par opposition à la formule *directe* ou vulgaire. De ces deux procédés, le premier est commun aux formules *in factum* et *in jus* (2).

4° Le Préteur ne s'en est pas tenu là : bien souvent il a étendu une action *in jus* ou *in factum* en introduisant d'autres modifications dans la formule vulgaire, en ajoutant ou en retranchant un ou plusieurs mots, ou même en substituant à cette formule une formule nouvelle mieux appropriée au fait qu'il croit devoir sanctionner. Dans ces divers cas, la formule mérite encore le nom d'*utile*, bien qu'il ne soit pas toujours facile de décider si l'on se trouve en présence d'une formule entièrement nouvelle ou d'une formule simplement modifiée.

II. Composition de la formule. — La formule contient d'abord l'institution d'un juge ou de récupérateurs ; puis une ou plusieurs parties principales qui se retrouvent dans toutes les formules de même espèce (3). Il peut en outre y avoir des parties accessoires (exceptions, *præscriptiones*). Les parties principales sont dans l'ordre où elles figurent dans la formule : la *demonstratio*, l'*intentio*, l'*adjudicatio*, la *condemnatio* (4).

§ 1er. *Intentio*. — De ces quatre parties, il en est une qui existe en principe dans toute formule (5) : c'est l'*intentio* qui fait connaître au juge la prétention du demandeur. Elle est *certa* ou *incerta* suivant qu'elle est déterminée dans son objet ou dans son étendue (6), *in personam* lorsqu'elle contient le nom du défendeur, *in rem* dans le cas contraire. — Certaines actions personnelles et *in jus* contiennent dans leur *intentio* la clause *ex fide bona* : ces actions, qui sanctionnent des obligations contrac-

(1) P. 262, 4 ; Gaius, IV, 34, 38 : actions données au *bonorum possessor* ou au *bonorum emptor* avec la fiction *si heres esset* (p. 649 ; 769, 2).

(2) Certains auteurs considèrent les formules avec transposition de personnes comme des actions utiles (Keller, trad., 437) ; mais il est à remarquer que dans les cas qui nous sont le mieux connus, l'action utile apparaît comme un progrès par rapport à la formule transférée : tel est le cas de l'action utile du cessionnaire, du fidéicommissaire, du *bonorum emptor*. Cf. Karlowa, II, 968.

(3) Exemples de chaque partie de la formule dans Gaius, IV, 39-44.

(4) Ces parties de la formule ont été empruntées aux actions de la loi : on trouve la première dans la *manus injectio*, la seconde dans l'action *per sacramentum* (Gaius, IV, 21 ; 16) ; l'une et l'autre dans les *actus legitimi* ; libération *per æs et libram*, acceptilation, émancipation (Gaius, III, 174 ; 169 ; I, 119). Les deux dernières figuraient sans doute dans la *judicis arbitrive postulatio*.

(5) Une formule peut n'avoir qu'une *demonstratio* et une *condemnatio* (Gaius, IV, 44) : *Nihil enim omnino (demonstratio) sine intentione vel condemnatione valet ; item condemnatio sine demonstratione vel intentione*. Tel est le cas de l'action d'injures. Cf. Karlowa, II, 1333.

(6) Gaius, IV, 41. Au lieu de : *Si paret... X dare oportere*, l'*intentio incerta* porte : *quidquid paret... dare facere oportere*. Intérêt pratique : la *plus petitio* n'est

tuelles ou quasi-contractuelles, confèrent au juge des pouvoirs étendus ; on les appelle actions *de bonne foi*. Par opposition, les actions personnelles et *in jus* qui sanctionnent des rapports de même nature, mais qui n'ont pas la clause de bonne foi, sont appelées de *droit strict* parce que les pouvoirs du juge y sont limités (p. 372, 3).

§ 2. *Demonstratio.* — Plus rare est la *demonstratio* où est indiquée la cause de la demande : elle n'existe que dans les actions personnelles, incertaines. On la trouve notamment (1) dans les formules *in jus* substituées aux *arbitria honoraria*, dans l'action *ex stipulatu* (2). Dans l'un et l'autre cas, la demande a pour objet un *incertum* et ne donnait pas lieu jadis à une action de la loi. Les rapports de ce genre furent vraisemblablement sanctionnés d'abord par une action *in factum* : l'*intentio* de cette action est en effet reproduite presque mot pour mot dans la *demonstratio* de l'action *in jus* correspondante (3).

§ 3. *Adjudicatio.* — Cette clause confère au juge le pouvoir d'attribuer la propriété. Elle n'existe que dans les actions divisoires (p. 241, 1).

§ 4. *Condemnatio.* — La *condemnatio* place le juge dans l'alternative d'absoudre le défendeur si l'*intentio* n'est pas fondée, de le condamner dans le cas contraire. Elle existe dans presque toutes les formules : elle ne fait défaut que dans les *præjudicia*.

On donne ce nom à des formules qui tendent à obtenir la

possible que si l'*intentio* est *certa*. Sont certaines les actions qui sanctionnent les obligations de donner un corps certain (*fundus Tusculanus*), une somme d'argent déterminée (*X aurei*), une certaine quantité de choses d'une qualité déterminée (*vini Campani optimi amphoræ C :* Gaius, D., XLV, 1, 74). Sont incertaines les actions qui sanctionnent les obligations de faire, les obligations de donner qui ne rentrent pas dans les catégories qui précèdent (*ubi non apparet quid*, *quale*, *quantumque est*), les obligations alternatives au choix du débiteur, les promesses d'usufruit (Ulp., *eod.*, 75 pr., 2, 3 et 8), quelques actions pénales (*furti nec manifesti :* Gaius, IV, 37, *injuriarum*), l'action *ad exhibendum* (p. 707, 5). Il en est de même des actions noxales civiles dont l'*intentio in jus* rappelle l'obligation du défendeur de *noxiam sarcire aut noxæ dedere* (p. 344, 4), mais non des actions noxales prétoriennes (p. 343, 4 ; 468, 4), où la *noxæ deditio* n'est plus qu'une restriction de la *condemnatio* (cf. Lenel, *E. P.*, I, 223 ; 195). Les actions réelles sont certaines, sauf de très rares exceptions (*vindicatio incertæ partis :* Gaius, IV, 54).

(1) Autres exemples : action d'injures. Action *finium regundorum* (Paul, D., X, 1, 4 pr. ; 4). Pour l'action *ad exhibendum*, cf. Lenel, *E. P.*, I, 255.

(2) Gaius, IV, 40. La *demonstratio* est parfois remplacée par une *præscriptio :* dans l'action *ex stipulatu* donnée contre une caution (Gaius, IV, 136-137), dans l'action *præscriptis verbis* où l'on ne peut indiquer le nom technique d'un contrat. On a soutenu que la *condictio incerti* était précédée d'une *præscriptio* ou d'une *demonstratio*. Cette opinion est aujourd'hui abandonnée (Lenel, *E. P.*, I, 176).

(3) Gaius, IV, 60 ; 47 : *Si paret deposuisse* est remplacé par les mots *quod deposuit* (Paul, *in Collat.*, II, 6, 4-5 ; cf. Ulp., D., XLVII, 10, 7 pr.), empruntés peut-être à l'action de la loi correspondante. Cf. p. 734, 4.

reconnaissance judiciaire d'un fait dont on tirera plus tard des conséquences : tels sont les *præjudicia* relatifs à l'état des personnes. Celui, par exemple, qui fait établir sa filiation légitime invoquera ultérieurement le jugement rendu en sa faveur pour réclamer la succession paternelle ; mais actuellement il ne demande aucune condamnation. Il y a aussi quelques *præjudicia* relatifs aux droits du patrimoine : ils tendent à faire établir l'inobservation de la loi Cicereia, la nullité d'une *bonorum venditio*, la violation d'une promesse, faite à un substitué par un institué conditionnel envoyé en possession provisoire, de ne pas diminuer la valeur d'une hérédité (1). Dans tous ces cas, la formule se réduit à une *intentio*.

La *condemnatio* présente une particularité remarquable : quel que soit l'objet de la demande, le défendeur ne peut jamais être condamné qu'à payer une somme d'argent (2). La fixation de cette somme est tantôt faite par le magistrat, tantôt laissée à l'appréciation du juge : dans le premier cas la *condemnatio* est *certa*, dans le second *incerta*. La liberté d'appréciation est tantôt absolue (*infinita*), tantôt limitée par une *taxatio*. Le magistrat peut fixer un maximum absolu (*dumtaxat hs. X millia*) ou relatif (*dumtaxat de peculio, quod ad eum pervenit, quanto locupletior factus est*) (3). Il a soin d'indiquer si l'estimation doit être faite d'après la valeur vénale (*quanti ea res est, erit*, ou *fuerit*), ou en tenant compte de l'intérêt du demandeur (*quanti interest* ou *interfuit*) (4), *ex fide bona* (*ejus condemnato*) ou bien *ex bono et*

(1) T. Ier, 705, 2; II, 114, 3; 126, 5; 140, 6; Ant., Ver., ap. Papir, D., XLII, 5, 30; Paul, V, 9, 1. Il y a encore deux *præjudicia* dont l'utilité pratique n'est pas connue, bien qu'on ait proposé de nombreuses conjectures : *Quanta dos sit*, *an res de qua agitur major sit C sestertiis* (Gaius, IV, 44; Paul, *l. c.*; Karlowa, II, 1183; Wlassak, *Processg.*, I, 227).

(2) L'action noxale présente à cet égard une particularité (p. 344, 5).

(3) Gaius, IV, 48-51 ; Lab., ap. Ulp., 71 ad Ed., D., XXXIX, 1, 20, 8. Le *quod ad eum pervenit* (p. 465, 2) s'apprécie au moment où l'enrichissement a eu lieu (Paul, 20 ad Ed., D., L, 17, 127 ; cf. Ulp., 15 ad Ed., D., V, 3, 23 pr.); le *quanto locupletior factus est*, au moment de la *litis contestatio* (Jul., D., IV, 2, 18 ; Ulp., D., XXIV, 1, 7 pr.), ou même du jugement dans la pétition d'hérédité (Paul, D., V, 3, 36, 4). Par exception, dans l'action *furti nec manifesti*, le Préteur fixe un minimum (Ulp., D., L, 16, 192 ; Jav., D., XII, 3, 9) : *X plurisve*.

(4) Ulp., D., XLVII, 8, 4, 11; Pomp., ap. Paul, D., XLIII, 16, 6. Le *quanti ea res est* s'apprécie au jour de la *l. c.*, par exemple dans la *condictio certæ rei* (Gaius, D., XIII, 3, 4 ; Ulp., D., XLVII, 1, 2, 1); le *quanti ea res erit*, au jour du jugement (cf. les édits de *servo corrupto*, *adversus falsum tutorem*, etc.). Le *quanti res fuerit* se réfère au passé : loi Aquilia (p. 475, 3); actions édilitiennes (Jul., D., XLIV, 2, 25, 1). Le *quanti interfuit* se trouve dans les actions *de eo quod certo loco* et contre l'*argentarius* qui refuse d'*edere rationes* (cf. Lenel, *E. P.*, I, 72; 282). La clause *ejus condemnato* est propre aux actions de bonne foi (Gaius, IV, 47); elle se calcule ordinairement d'après le *quanti interest*, sauf dans quelques cas où la condamnation est limitée au *quanto minoris est* (Afr., D., XIX, 2, 33; Alf., *eod.*,

æquo (*quanti bonum et æquum ei videbitur* (1). En certains cas, la *condemnatio* est fixée à un multiple (double, triple, quadruple) de la valeur vénale de la chose : c'était un moyen très usité à l'époque antique pour remédier à l'insuffisance de ce mode d'estimation (2).

Un autre moyen, d'un caractère exceptionnel, consiste à conférer au demandeur le soin de fixer lui-même, sous la foi du serment, le montant de la condamnation (*jusjurandum in litem*).

30 pr., 1), ou *ad id quod ad eum pervenit* (Ulp., D., XVI, 3, 1, 47). C'est une question de savoir si dans les actions de bonne foi les pouvoirs du juge n'étaient pas susceptibles d'être limités par une *taxatio*. Gaius (IV, 51) l'admet pour les actions *incerti;* mais la règle n'est pas générale, car la *taxatio* manque dans l'action *depositi*. Il est très vraisemblable, comme le pense Lenel (*E. P.*, I, 174), que la *taxatio* existait dans les actions de bonne foi qui ne tendaient pas à une restitution (Diocl., C., IV, 49, 4).

(1) Cette clause figure dans les actions *injuriarum*, *sepulcri violati*, *de effusis et dejectis*, *de feris*, *si judex litem suam fecerit* (Voigt, *J. N.*, III, 965 ; Lenel, *E. P.*, *index*). Elle devait également figurer dans les actions *rei uxoriæ* et *funeraria*, soit expressément, soit par référence à l'*intentio*. Toutes ces actions présentent un caractère commun qui explique la liberté d'appréciation laissée au juge : elles sanctionnent des prétentions qui, dans leur principe et dans leur cause, sinon dans leur objet, ont un caractère plutôt moral que pécuniaire. On ajoute parfois que ces actions sont intransmissibles et survivent à la *capitis deminutio;* mais ces deux caractères, certains pour plusieurs de ces actions, ne le sont pas pour toutes : l'action *funeraria*, par exemple, est perpétuelle, et *heredis ceterisque successoribus et in successores datur* (Ulp., D., XI, 7, 31, 1). Il faut donc se garder en cette matière d'attribuer aux Romains des vues trop systématiques. — On a cependant soutenu que ces actions sont toutes pénales, prétoriennes et *in factum* (Thomas, *N. Rev. hist.*, XXV, 541) : nous ne croyons pas que la preuve ait été faite pour les actions *rei uxoriæ* et *funeraria*. Si la première avait pour base l'*injuria* causée à la femme par un divorce injuste, elle devrait être écartée, lorsque la répudiation a eu une juste cause. Or, il n'y a pas trace d'une pareille distinction : le mari est tenu de l'action *rei uxoriæ* même si la femme a été répudiée *propter mores*. L'action *funeraria* ne suppose pas davantage un délit de l'héritier qui aurait eu tort de ne pas enterrer le *de cujus :* elle se donne même contre l'héritier absent au moment du décès (Ulp., D., XI, 7, 4) et à qui l'on ne saurait rien reprocher ; elle est refusée à celui qui a agi *pietatis causa* ou qui n'a pas eu la volonté de se faire rembourser. Cette double restriction serait inexplicable si l'action avait son fondement dans un délit de l'héritier. Nos deux actions ne sont pas non plus traitées comme des actions *in factum*. On a prétendu que le défendeur doit être condamné, même si cela est contraire à la bonne foi ; que le juge a moins de pouvoir que dans une action de bonne foi. Il suffit, pour se convaincre du contraire, de lire les textes cités p. 111, 1, et Ulpien (D., XI, 7, 14, 10 et 13) : *Nonne æquum est mihi funerariam competere? Et generaliter puto judicem justum non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius æquitatem sequi, cum hoc ei actionis natura indulget.* On doit aussi remarquer que d'après Gaius (D., IV, 5, 8), l'action *de dote* (*rei uxoriæ*) est *in bonum et æquum concepta*, ce qui, chez lui (IV, 45-46), désigne l'*intentio*. Ces textes prouvent que, dans nos deux actions, le juge a toute liberté pour apprécier *ex bono et æquo* non seulement le taux de la condamnation, mais aussi le mérite de la demande. En cela elles diffèrent des autres actions *in bonum et æquum* où la clause ne figure que dans la *condemnatio* (cf. Karlowa, II, 1333 ; P. Thomas, *l. c.*, 549).

(2) T. Ier, 333, 1. Pour la liste de ces actions, voir l'index du t. Ier. Cf. t. II, p. 471, 7 ; 472, 3. Il ne faut pas confondre ces actions avec celles qui croissent au double *adversus infitiantem :* la peine du double est ici une survivance de la *manus injectio judicati* (I, 428, 2).

C'est là un droit exorbitant, car malgré le serment, le demandeur peut se faire illusion sur la valeur de sa chose, et il est à craindre qu'il n'exagère le chiffre des dommages-intérêts (1). Aussi considère-t-on ce mode d'évaluation comme une peine pour le défendeur (2). Il n'est d'ailleurs admis que dans certaines actions et pour certaines causes : dans les actions arbitraires pour vaincre la résistance (*contumacia*) du défendeur au *jussus judicis;* dans les actions de bonne foi en cas de dol du défendeur ; dans les actions de droit strict, lorsque la chose a péri par le fait ou après la mise en demeure du défendeur. L'usage du *jusjurandum in litem* comporte certaines restrictions : au IIIe siècle, le juge est libre de ne pas déférer le serment, ou de fixer un maximum (*taxatio*) dans les actions de bonne foi, ou dans tout autre cas, de condamner à une somme moindre lorsqu'il y a une cause grave, telle que la découverte de preuves dont il n'avait pas connaissance lors de la délation du serment. Exceptionnellement le serment est permis *sine taxatione in infinitum* (3).

§ 5. *Clause arbitraire.* — L'alternative, imposée au juge par la *condemnatio*, est parfois modifiée par une clause arbitraire. Cette clause, caractérisée par les mots *nisi restituat*, empêche le juge de condamner aussitôt qu'il a reconnu le mérite de la demande. Il doit au préalable inviter le défendeur à fournir au demandeur une satisfaction déterminée. Si le défendeur obéit il sera absous, s'il résiste il sera condamné à une somme fixée par le demandeur sous la foi du serment (p. 258, 7). Les formules qui mentionnent cette clause s'appellent *formules arbitraires,* parce que le juge y joue d'abord le rôle d'un arbitre. Le différend doit être résolu par voie d'arbitrage ; mais pour donner au *jussus* de l'arbitre l'autorité qui lui fait défaut (4), le Préteur joint à l'*arbitrium* un *judicium;* il confère à l'arbitre les pouvoirs d'un juge : c'est une survivance de l'*arbitrium honorarium*. Cette clause a l'avantage d'atténuer les inconvénients du principe que toute condamnation est pécuniaire. — Sont arbitraires les actions réelles prétoriennes ; les actions réelles civiles exercées par une

(1) Ulp., 51 ad Sab., D., XII, 3, 1 ; Paul, 13 ad Sab., *eod.*, 2.

(2) Jav., 14 ex Cass., D., XXXV, 2, 60, 1; Paul, 76 ad Ed., D., XLVI, 1, 73.

(3) Marc., 4 Reg., D., XII, 3, 5 pr. 4; Ulp., 51 ad Ed., D., VI, 1, 68. La *taxatio* paraît être une question neuve au temps d'Ulpien (36 ad Ed., *h. t.*, 4, 2-3).

(4) L'assertion contraire d'Ulpien (p. 258, 8) ne saurait être admise : il n'est guère croyable qu'on ait confié à de simples particuliers, aux *judices selecti*, le droit de mettre en mouvement la force publique; puis il y a de fortes raisons de penser que le texte a été interpolé : la construction de la phrase est vicieuse, et l'assimilation des interdits aux actions rend manifeste une retouche faite au temps de Justinien. Cf. H. Appleton, *Interpolations*, 128.

formule pétitoire (1); les actions personnelles *quod metus causa, de dolo, ad exhibendum, aquæ pluviæ arcendæ, de alienatione judicii mutandi causa,* Paulienne, Fabienne; celles qui sont données en vertu d'un interdit restitutoire ou exhibitoire (2).

§ 6. *Bénéfice de compétence.* — Sous ce nom, les auteurs modernes désignent une clause restrictive de la *condemnatio* (3): elle est insérée dans la formule *cognita causa* en faveur de certains débiteurs. Le juge n'est autorisé à les condamner que dans la mesure de leurs facultés : *in quantum facere possunt* (4). Grâce à ce bénéfice, ils échappent aux conséquences ordinaires de l'insolvabilité. Cette faveur est accordée par l'Édit, par les empereurs ou par la jurisprudence : 1° aux débiteurs qui ont droit à des égards de la part du créancier (ascendant, beau-père, patron, conjoint, associé, donateur, militaire); 2° à certaines personnes qui sont sans ressources (débiteur dont les biens ont été vendus depuis moins d'un an, ou qui a fait cession de biens; fils de famille devenu *sui juris,* mais qui a été émancipé, exhérédé, ou qui s'est abstenu (5). Le bénéfice de compétence est

(1) P. 258, 6; 262, 4; 294, 5; 310, 5. Les rédacteurs des Institutes (IV, 6, 31) ne citent que les actions Publicienne, Servienne et hypothécaire; ils ont omis les actions civiles sans doute parce qu'elles étaient désignées dans le texte qu'ils avaient sous les yeux par l'expression « formule pétitoire ». Cf. Savigny, *Syst.*, V, 131.

(2) P. 484, 1; 485; 489, 2; I, 353, 8; II, 610; 644, 6; 706. Cf. pour l'action *de eo quod certo loco*, p. 744, 3. Le caractère arbitraire de l'action de dépôt *in jus* est contesté par ceux qui pensent qu'une action de bonne foi ne peut être arbitraire : il paraît établi par Ner., ap. Ulp., D., XVI, 3, 1, 21 : *Recte ad restitutionem reum compelli, nec debere absolvi, nisi restituat.* L'action *rei uxoriæ* ne paraît pas avoir contenu la clause *nisi restituat;* mais la clause *quod æquius melius erit* conférait au juge un pouvoir analogue, celui de donner un ordre de restitution et de déférer à la femme le serment *in litem* (Jul., D., XXIII, 5, 7, 1; Paul, D., XXIV, 3, 25, 1; cf. Demangeat, *Fonds dotal*, 255; Lenel, *E. P.*, 244). Certains auteurs ajoutent l'action rédhibitoire, mais voyez p. 414, 4; l'action *communi dividundo*, mais le texte cité (Jul., ap. Afr., D., XLVII, 2, 61 pr.) vise l'alternative laissée par le juge d'une action noxale au copropriétaire d'un esclave auteur d'un vol; l'action *præscriptis verbis*, mais l'expression *obligatio promissa* (Pap., D., XIX, 5, 9) trahit le style des compilateurs et révèle une interpolation; les actions *negotiorum gestorum, finium regundorum*, où certains textes (I, 357, 6) parlent de prestations imposées par le juge au défendeur, mais cela ne constitue pas la satisfaction qui caractérise l'action arbitraire (Pap., D., XLVII, 2, 80, 7). Quant aux actions noxales, Justinien les range à tort parmi les actions arbitraires, car la condamnation n'y est pas subordonnée au défaut d'abandon noxal. Cf. une particularité de l'action noxale d'injures, p. 344, 7.

(3) Divers textes (Paul, D., XXIV, 3, 17; D., XLIV, 1, 7 pr.; Tryph., XLVI, 9, 33) qualifient ce bénéfice « exception »; mais cette exception n'est pas, comme d'ordinaire, une condition négative de l'*intentio :* elle porte sur la *condemnatio* (Pomp., D., XLII, 1, 22, 1; 24 pr.; Paul, *eod.*, 23). Elle n'a point pour effet de limiter l'étendue du droit déduit en justice, car le juge oblige le défendeur à promettre de payer l'excédent lorsqu'il le pourra (Ulp., D., XVII, 2, 63, 4).

(4) Réserve faite pour le cas de dol : *Quidve dolo malo fecit quominus possit.* Cette réserve, introduite en matière de société, a été généralisée (Ulp., *eod.*, 63 pr., 7).

(5) T. Ier, 661, 1; t. II, 95, 5; 97, 3; 103, 2; 111; 144, 3; 769, 3; Ulp., D.

personnel : il ne peut être invoqué par les héritiers ni par les cautions (1). — L'actif du défendeur s'apprécie au jour du jugement et non au jour de la poursuite. On ne tient pas compte du passif : la préférence est au premier occupant. Cette règle souffre exception pour le donateur par application de l'adage *Nemo liberalis nisi liberatus* (2).

Si favorable qu'il fût au débiteur, le bénéfice de compétence le laissait sans ressources. Une interprétation bienveillante a permis d'écarter ce résultat dans deux cas : le débiteur qui a fait cession de biens ne peut être poursuivi à nouveau tant qu'il n'a qu'une fortune modeste ; on veut qu'il ait de quoi vivre. Même décision pour le donateur (3).

§ 7. *Præscriptio*. — La *præscriptio* est une partie accessoire de la formule. Elle tire son nom de ce qu'elle est écrite en tête de l'instruction donnée au juge. Elle est insérée dans l'intérêt soit du demandeur, soit du défendeur.

La *præscriptio pro actore* sert : 1° à restreindre la portée d'un droit déduit en justice et à ménager au demandeur la faculté d'agir ultérieurement pour le surplus. Le créancier d'une rente viagère, par exemple, en réclamant une annuité échue, aura soin de se réserver le droit de réclamer les annuités non encore exigibles (4); 2° à déterminer en quelle qualité le demandeur agit en justice (contrat conclu avec son fils ou son esclave), ou poursuit le défendeur, à titre de caution (5).

La *præscriptio pro reo* est une fin de non-recevoir opposée par le défendeur lorsque l'action intentée contre lui tendait à préjuger une question plus importante : par exemple, une question d'hérédité peut être préjugée lorsqu'on revendique un objet particulier comme héritier du propriétaire (p. 642, 1). Au IIe siècle, la *præscriptio pro reo* n'est plus usitée : elle se confond avec l'exception (6). L'assimilation ne fut pas cependant ab-

XLII, 1, 16-18 ; PIUS, ap. MOD., *eod.*, 20 ; PROC., NER., ap. PAUL, D., XXIV, 3, 17 pr., 1 ; DIOCL., C., VII, 75, 6 ; ULP., D., XLII, 3, 4 pr. ; XIV, 5, 2 pr.

(1) PAUL, 60 ad Ed., D., XLII, 1, 25 ; D., XLIV, 1, 7 pr.

(2) PAUL, D., XLII, 1, 49 ; 19, 1. La déduction des dettes est également admise pour le fils de famille, mais seulement des dettes privilégiées, et de celles qu'il a contractées depuis qu'il est devenu *sui juris* (ULP., D., XIV, 5, 3).

(3) ULP., D., XLII, 3, 6 ; POMP., D., XLII, 1, 30. Cette règle a été généralisée par Justinien : cela résulte de l'insertion au titre de *regulis juris* d'un texte de Paul relatif aux donateurs (6 ad Plaut., D., L, 17, 173 pr.).

(4) P. 370, 1. GAIUS, IV, 131 : *Ea res agatur cujus rei dies fuit.*

(5) P. 337, 3 ; 548. GAIUS, IV, 134, 135, 137.

(6) La *præscriptio pro reo* paraît être la forme primitive de l'exception. La structure de la formule rend vraisemblable cette conjecture : la concordance de la *condemnatio* et de l'*intentio* n'est possible que si aucune question incidente ne vient modifier le *si paret, condemna, si non paret, absolve*. Or, la *præscriptio*, qui sou-

solue (1) : il y eut toujours des exceptions préjudicielles dont l'examen s'imposa au juge avant tout débat sur le fond : *præscriptio fori, præjudicium de hereditate* (2).

III. Erreurs dans la formule. — La procédure formulaire est à plusieurs égards moins périlleuse que celle des actions de la loi : on n'exige ni que les prétentions des parties soient exprimées en termes sacramentels, ni même toujours que l'étendue en soit précisée; on peut réclamer *quidquid dare facere oportet.* Il y a cependant quelques cas où, par une survivance de la procédure antique, l'erreur commise dans la formule entraîne des conséquences plus ou moins graves. L'erreur peut porter sur la *demonstratio,* l'*intentio* ou la *condemnatio.*

1° L'erreur dans la *demonstratio* oblige à recommencer le procès. Le fait, allégué comme cause du droit, est indivisible : il est vrai ou faux; s'il est faux, c'est comme si l'on avait réclamé une chose pour une autre : il n'y a rien de fait; le droit reste intact.

2° Il n'en est pas de même lorsque l'erreur est dans l'*intentio* et que la formule est *in jus* et *certa.* L'*intentio* contient ici l'affirmation d'un droit ; or, un droit est divisible ; celui qui réclame plus ou moins que sa créance ne demande pas *aliud pro alio :* il déduit son droit en justice, et il l'épuise totalement ou en partie. Si l'erreur est en plus (3), non seulement il perdra son procès, car le juge a l'ordre d'absoudre le défendeur si l'*intentio* n'est pas vérifiée, mais encore il ne pourra le renouveler en rectifiant sa demande, car on lui opposera l'exception *rei judicatæ vel in judicium deductæ.* Si l'erreur est en moins, il obtiendra gain de cause, et pourra ultérieurement exiger le surplus sous la réserve de l'exception *litis dividuæ.* Cette différence entre l'effet

lève une question préalable, se concilie très bien avec la question principale soumise au juge ; l'exception, au contraire, qui s'intercale après l'*intentio*, appellerait un *quanquam paret... absolve* et non un *si paret.* L'usage des exceptions est donc, comme le pensent Keller (*Proz.*, 193) et Lenel (*Exceptionen*, 44), d'une époque relativement récente, où les parties principales de la formule étaient déjà conçues en termes traditionnels. Il s'est introduit, sans doute, lorsque les moyens de défense autorisés par le Préteur se sont multipliés et ont soulevé des questions dont la solution exigeait l'examen du fond du débat. Dès lors la distinction de la prescription et de l'exception perdit en partie sa raison d'être; on emploie souvent *præscriptio* pour *exceptio.*

(1) Elle est admise pour la *longæ possessionis præscr* (Diocl., C., VII, 33, 9).

(2) Ulp., D., II, 8, 7 pr. ; Jul., D., XLIV, 1, 13. L'album contenait, suivant Lenel (*E. P.*, I, 150), des dispositions destinées à régler le rang des procès.

(3) L'exagération de la demande peut avoir lieu de quatre manières : *re*, lorsqu'on réclame 10 à qui ne doit que 5 ; *tempore*, lorsqu'on poursuit un débiteur avant l'échéance du terme : le créancier le prive de l'*interusurium;* c'est comme s'il lui demandait plus qu'il n'est dû; il en est autrement du créancier conditionnel (p. 364, 8); *loco*, lorsqu'on poursuit le débiteur dans un lieu autre que celui qui a été convenu pour le payement; *causa*, lorsqu'on réclame un objet déterminé au débiteur tenu d'une obligation de genre ou alternative (p. 325), en le privant du choix qui lui appartient.

de l'erreur dans la *demonstratio* ou dans l'*intentio* remonte au temps des actions de la loi : on la retrouve dans l'action *sacramento,* et dans les *actus legitimi* (1).

Le droit classique a essayé de réagir contre la logique étroite des *Veteres :* il n'exige plus que l'on recommence le procès en cas de *falsa demonstratio* si l'erreur est en moins; si elle est en plus, certains jurisconsultes assimilent l'erreur dans la *demonstratio* à l'erreur dans l'*intentio* lorsque l'action est infamante : l'exagération est punie par la perte du procès. C'est une idée nouvelle qui se fait jour : au lieu d'être la conséquence logique de la rédaction de la formule, la perte du procès pour *plus petitio* est traitée comme une peine infligée au plaideur téméraire. Enfin Gaius applique la *plus petitio* à l'action de dépôt *in factum.* Seules les actions *in jus* à *intentio incerta* continuent à échapper à l'effet de la *plus petitio*, ou pour mieux dire, il ne se conçoit même pas à cause du caractère imprécis de la demande : *quidquid dare facere oportet* (2). Si le droit classique a maintenu et même étendu la déchéance résultant de la *plus petitio,* c'est qu'en général, il dépendait du demandeur de l'éviter : avec un peu d'attention, il n'eût pas perdu son procès. Dans quelques cas seulement, où il y aurait eu excès de rigueur à appliquer cette déchéance, on vint au secours du demandeur soit par voie d'*in integrum restitutio* (p. 721, 1), soit en modifiant la formule (3).

(1) Gaius, IV, 53, 56, 58. Au temps des actions de la loi, s'il y a erreur dans la *vindicatio* de l'action par serment, le juge dira que le *sacramentum* est *injustum*, et le procès sera perdu. Au contraire, s'il y erreur dans l'acceptilation *per æs et libram*, qui a lieu en forme de *demonstratio*, l'acte est nul, mais on peut le recommencer (Paul, 12 ad Sab., D., XLVI, 4, 14); cf. Erman, *Z. Sav. St.*, XIX, 288.

(2) Gaius, IV, 59, 60; 54. Certains auteurs font une réserve pour la *plus petitio tempore,* mais elle est contraire au texte de Gaius. Cf. Accarias, II, 980, 2.

(3) Cette modification a lieu dans deux cas : lorsqu'on veut réclamer une part de propriété dont on ignore la quotité, on exercera une *vindicatio incertæ partis* (Gaius, IV, 54) ; lorsque les besoins du commerce déterminent un créancier à réclamer son payement dans un lieu autre que celui qui a été convenu, on lui permettra d'agir *adjecto loco :* grâce à cette addition, le juge d'une action de droit strict à *intentio certa* sera autorisé à accueillir la demande en tenant compte de l'intérêt du défendeur à payer au lieu fixé. L'action *de eo quod certo loco* a reçu depuis Labéon une portée plus large (Ulp., D., XIII, 4, 2, 8). Elle se donne dans tous les cas où pour une cause quelconque la poursuite est faite dans un lieu autre que celui qui a été convenu : le juge est autorisé à tenir compte, suivant les cas, de l'intérêt de l'une ou l'autre des parties (*quod alterutrius interfuit*).— Le juge devait-il, avant de condamner le défendeur, l'inviter à donner satisfaction au demandeur? Cela semble résulter de Inst., IV, 6, 3, où cette action est classée parmi les actions arbitraires : ce serait le cas où le juge donnerait un *jussus de solvendo.* Cette opinion a été combattue par Lenel, *Beiträge*, 59 : ce *jussus* peut être celui dont parle Ulp., D., IV, 2, 9, 7 ; ici il serait dans l'intérêt du défendeur et non, comme d'ordinaire, dans l'intérêt du demandeur; il serait peu pratique à une époque où les communications étaient difficiles : le demandeur ne pourrait obtenir condamnation qu'après de longs délais; à défaut de satisfaction, le juge devrait tenir compte de l'intérêt futur : les textes

3° L'erreur dans la *condemnatio* entraîne de graves conséquences : que la *condemnatio* soit *certa* ou *incerta,* si elle est trop forte, le juge n'a pas le pouvoir de la modérer ; si elle est trop faible, le demandeur n'obtiendra que la somme fixée par le magistrat et perdra son droit pour le surplus. Dans l'un et l'autre cas, le résultat était contraire à l'équité. Le Préteur l'a corrigé, en faveur du défendeur : il lui accorde l'*in integrum restitutio* (p. 721, 1). Il n'a pas jugé utile de s'occuper du demandeur qui n'a qu'à s'en prendre à lui-même si une erreur s'est glissée dans la formule.

IV. Marche de la procédure. — Dans l'ancien droit, tout procès exige un débat contradictoire, et la présence des parties. Le droit classique a maintenu la première partie de la règle (1), atténué la rigueur de la seconde : il n'y a pas de procédure par défaut, mais il est permis de se faire représenter.

§ 1er. *Actionis editio.* — L'*actionis editio* est le préliminaire indispensable de tout procès : elle consiste à notifier à son adversaire l'action qu'on se propose d'intenter contre lui et les titres qu'on doit invoquer à l'appui (2). C'est un acte extrajudiciaire imposé par le Préteur : il lui a paru équitable d'informer le futur défendeur de la poursuite qui le menace, pour qu'il sache s'il doit céder ou résister, et dans ce dernier cas, pour lui permettre de préparer ses moyens de défense (3).

§ 2. *Citation en justice.* — L'*in jus vocatio* a pour but d'amener le défendeur devant le magistrat. Comme autrefois, elle est faite par le demandeur, mais l'arrestation de l'*in jus vocatus* en cas de refus ou de retard, l'emploi de la force en cas de fraude ou de fuite, ne sont plus guère admis qu'à l'égard des gens dont on se défie (4). Ils ne peuvent se soustraire à l'*in jus vocatio* qu'en

sont formels pour viser le passé. Notre action est donc arbitraire dans un sens spécial : elle est ainsi dénommée parce que le juge était libre de faire l'estimation d'après l'intérêt du défendeur ou du demandeur; il pouvait condamner à la somme fixée par le contrat, à une somme inférieure ou supérieure. Si cette action a été rangée parmi les actions contenant la clause *nisi restituat*, c'est par une méprise qu'explique sa dénomination : c'était un *arbitrium honorarium*. Cf. Lenel, *E. P.*, I, 283.

(1) Il y a quelques exemples de jugements rendus par défaut (D., XL, 12, 27, 1 ; XXXVI, 1, 81). Cf. Cuq, *Nouv. Rev. hist.*, 1899, p. 116.

(2) Ulp., 3 ad Ed., D., II, 13, 1 pr.-3. La notification est écrite ou verbale. Le demandeur peut se contenter de conduire son adversaire devant l'album et de lui montrer la formule dont il compte se servir (Lab., *eod.*, 1, 1). Cette *actionis editio* est distincte de celle qui a lieu en présence du magistrat et qui sera renouvelée lors de la *litis contestatio*. Cf. Lenel, *Z. Sav. St.*, XV, 385 ; *E. P.*, I, 68.

(3) On ignore la sanction de cette obligation. On sait toutefois que le Préteur venait au secours de ceux qui étaient excusables en raison de l'âge, du sexe, de la *rusticitas*, ou pour toute autre juste cause (*ibid.*, 1, 5).

(4) Cf. Maria, *le Vindex*, 1895, p. 220-230.

fournissant un *vindex* qui garantit leur comparution (1). La forme antique de l'*in jus vocatio* (I, 408) répugnait aux mœurs plus douces de la fin de la République : le Préteur en interdit l'usage contre diverses classes de personnes (2); la comparution du défendeur est assurée par une action pénale, ou, si la citation est faite devant un magistrat municipal, par une amende (3). En pratique, dès le temps de Cicéron, le défendeur promettait au demandeur de comparaître au jour fixé. Cet engagement porte le nom de *vadimonium* parce qu'anciennement il avait lieu dans une forme spéciale (I, 382, 1), mais, depuis la suppression des actions de la loi, il se fait par stipulation (4). Deux siècles plus tard, on voit apparaître un nouveau mode de citation dont l'usage fut emprunté aux coutumes provinciales et qui n'a pas tardé à devenir le mode régulier de citation dans la procédure extraordinaire : c'est la *litis denunciatio*. Elle consiste à notifier au défendeur la demande formée contre lui et le jour où il devra comparaître. En Egypte, la notification est faite par

(1) Le *vindex* doit être *locuples pro rei qualitate* (Paul, 1 ad Ed., D., II, 6, 1; cf. Maria, 209, 241, qui distingue le *vindex* de l'*in jus vocatio* et celui de la *manus injectio*). Mais celui qui cite en justice un parent ou un patron doit, sous peine d'amende (Gaius, IV, 46), accepter un *vindex* quelconque (Ulp., 5 ad Ed., D., II, 8, 2, 2). — Le *vindex* s'oblige à faire comparaître l'*in jus vocatus* ou à le défendre (Paul, 1 ad Plaut., D., II, 11, 10 pr.). S'il ne tient pas sa promesse, le Préteur donne contre lui une action *in factum* pour le *quanti ea res erit* (Gaius, 1 ad Ed. prov., D., II, 8, 3 ; 5 pr.), et il envoie le demandeur en possession des biens de l'*in jus vocatus* (Ulp., 5 ad Ed., D., XLII, 4, 2 pr.). Le *vindex* est-il une caution? Il avait certainement ce caractère aux yeux des compilateurs qui ont substitué, dans les textes classiques, au mot *vindex* l'expression *fidejussor judicio sistendi causa datus*. Pourtant, l'analogie signalée (I, 383) a été contestée par Lenel (*E. P.*, I, 75). Il y a en effet deux raisons de douter : si le *vindex* est une caution, pourquoi les compilateurs ont-ils cru nécessaire de le qualifier d'une manière spéciale au lieu de l'appeler *fidejussor* tout court? Pourquoi aussi aurait-on créé une action *in factum* alors qu'on avait l'action *ex stipulatu?* Les papyrus gréco-égyptiens permettent de rendre compte de cette double particularité; les répondants, dont l'usage existait en Egypte sous la domination romaine (Berlin, II, 581 de l'an 133 ; III, 891, de 144 ; Grenfell and Hunt, *New classical fragments*, 62 de l'an 211), s'obligeaient envers le magistrat (*apud acta* ou *officium :* cf. Paul, I, 13[a], 1[a], 1[b]). Le *vindex* n'est donc pas une caution ordinaire : l'action *ex stipulatu* ne lui est pas applicable. Le nom que lui donnent les compilateurs vient de ce que, après l'édit de Caracalla, dans les pays de civilisation grecque, on employa la forme de la stipulation pour confirmer toutes sortes d'actes (p. 376, 3) : la promesse du *vindex* désormais confirmée par une stipulation (Grenfell, *l. c.*, 79, de la fin du IIIe siècle; Papyrus de Berlin, II, 936, de l'an 426) prit l'apparence d'une fidéjussion. Cf. Wenger, *Rechtshistorische Papyrusstudien*, 1902.

(2) Magistrats, pontifes, juges (sous certaines conditions); fous, enfants (Ulp., D., II, 4, 2; 4 pr.). D'autres personnes ne peuvent, sous peine d'amende, être citées sans la permission du magistrat (*ibid.*, 4, 1). Cf. p. 97, 2 ; 130, 1 ; 144, 1.

(3) Paul, D., II, 5, 2, 1, où les mots *competens judex* ont été interpolés. Cf. Lenel, *E. P.*, I, 58.

(4) P. 333, 3. Cic., *p. Tull.*, 4, 20; Gaius, IV, 185 : *Promittit... certo die sisti.* On a peu de renseignements sur ce *vadimonium* par suite de l'interpolation des textes.

les soins du magistrat local à qui la demande a été adressée (1).

§ 3. *Mesures de contrainte à l'égard de l'*indefensus. — Si le défendeur est absent ou se cache frauduleusement, le procès ne peut s'engager. C'était un grand inconvénient : le Préteur l'atténua en autorisant le demandeur à saisir et vendre les biens du défendeur (2), à moins que ce ne fût un pupille ou un absent pour le service de l'État (3).

§ 4. *Faculté d'exercer une action ou d'y défendre au nom d'autrui.* — C'est là une innovation d'une grande importance pratique : l'usage des formules à transposition de personnes a permis de la réaliser. On la caractérise souvent en disant que le droit classique admet, contrairement à l'ancien droit (I, 408), la représentation en justice. Ce point de vue n'est pas rigoureusement exact, car le représentant ne s'efface jamais complètement derrière le représenté : en principe, c'est à son profit ou à sa charge que la condamnation est prononcée.

Sont autorisés par la loi ou par l'édit à ester en justice au nom d'autrui (4) : les *cognitores* d'une part, les *procuratores* et les personnes assimilées (*defensores,* tuteurs, curateurs, administrateurs des cités) (5) d'autre part. Le *cognitor* est constitué par l'intéressé lui-même, en présence de l'adversaire et en termes exprès (6). Celui qui plaide contre lui a toute sécurité : il n'a pas à craindre de le voir désavoué (7). Le *procurator* au contraire

(1) P. 648, 1. Aur. Vict., *de Cæs.*, 16, 9; Papyrus de Berlin, I, 226, de l'an 99.
(2) P. 766, 5. L'édit existait au temps de Cicéron (*p. Quinct.*, 19, 60).
(3) Paul, 57 ad Ed., D., XLII, 4, 6, 1. Loi Julia *municipalis* (l. 116).
(4) Il ne faut pas les confondre avec les personnes qui ont le droit de postuler pour autrui, c'est-à-dire de plaider sa cause en justice (p. 76 ; Ulp., D., III, 1, 1, 2). L'Édit refuse ce droit aux mineurs de dix-sept ans, aux femmes, aux sourds, aux aveugles et, sauf quelques réserves, à une série de personnes que l'on tient pour infâmes (Ulp., *eod.*). Cf. Lenel, *E. P.*, I, 85-90.
(5) Ulp., D., XLVI, 7, 3, 5 ; III, 4, 3 ; 7 pr. ; cf. p. 175, 7. Pour les corporations, l'*actor* ou *syndicus* a seul qualité pour intenter une action (Gaius, D., III, 4, 1 pr.), mais toute personne est autorisée à les défendre. Si nul ne se présente, on procédera à la saisie et à la vente des biens communs (*ibid.*, 1, 2-3).
(6) Gaius, IV, 83. La présence du *cognitor* n'est pas nécessaire, mais il faut s'assurer de son acceptation : cette condition tacite est admise, la condition expresse ne l'est pas comme dans les *actus legitimi* (p. 363, 3); mais il n'y a pas de termes sacramentels pour constituer un *cognitor* (*Vat. fr.*, 318). Cf. p. 53, 3. — On ignore si le *cognitor* est plus ancien que le *procurator :* l'analogie avec les *actus legitimi* n'est pas complète, les paroles prononcées sont *quasi solemnia* (Gaius, IV, 97). L'usage du *cognitor* a peut-être été emprunté aux coutumes provinciales : il existait en Sicile (Cic., *Verr.*, II, 43). Il fut d'abord admis pour une raison d'utilité publique au profit du plaideur empêché par l'âge ou la maladie. Cette règle fut introduite, non par une loi, mais *ex æquo et bono* (Cic., *ad Her.*, II, 13; cf. Ulp., D., IV, 7, 4, 3: *ob occupationes necessarias*). Quant à la faculté de constituer un *procurator*, elle a été consacrée par la loi (Hostilia?) au profit de celui *qui in Italia non est* ou qui est absent pour le service de l'Etat (Cic., *p. Cæc.*, 30). Cf. Naber, *Mnemosyne*, XVII, 389.
(7) Celui qui a constitué le *cognitor* a le droit de le révoquer ou de le remplacer

intervient avec ou sans mandat : celui contre qui il se présente a le droit d'exiger des garanties (*ratam rem dominum habiturum*) pour n'être pas exposé à une double poursuite (1), ou pour assurer l'exécution du jugement (*judicatum solvi*). Le *procurator* fut d'abord l'administrateur des biens d'un absent (I, 574); à défaut, une personne quelconque fut admise à prendre la défense d'un absent (2). On fut plus exigeant pour le *procurator ad agendum* (3): l'Édit détermina les personnes qui pourraient intervenir en cette qualité (4). La condition d'un mandat spécial était, sinon requise par l'Édit, du moins habituelle : certains proches parents en furent dispensés (5). Quelle que soit la personne qui se présente en justice au nom d'autrui, l'action est réputée intentée par l'ayant droit ou contre lui : son nom figure dans l'*intentio* comme sujet actif ou passif du droit, mais la *condemnatio* est au nom du *cognitor* ou du *procurator* (6) : c'est lui qui deviendra créancier ou débiteur en vertu de la *litis contestatio;* c'est à son profit ou à sa charge que la condamnation sera prononcée : l'affaire cessera d'être l'affaire d'autrui pour devenir la sienne propre; il sera *dominus litis* (7). Il est donc manifeste qu'en matière de procès comme en matière de contrats, il n'y a pas de représentation.

Mais, dans un cas comme dans l'autre, les besoins de la pra-

s'il n'est pas satisfait de la manière dont il conduit le procès. Le Préteur, après enquête, lui accordera une *translatio judicii*. (Ulp., D., III, 3, 17 pr.; *Vat. fr.*, 341). Cf. Lenel, *E. P.*, I, 108.

(1) Le droit d'action du *dominus* reste intact; il n'est pas réputé déduit en justice par le fait du *procurator* qu'on désavoue.

(2) Ulp., D., III, 3, 33, 2 : *Publice utile est absentes a quibuscumque defendi.* Le *defensor*, comme le *procurator*, doit fournir la caution *de rato* (*ib.*, 39, 1).

(3) Le *procurator* n'était pas autorisé en 678 (Cic., *p. Q. Rosc.*, 18 : *Alteri* (*litem contestari*) *nemo potest, nisi qui cognitor est factus*). Il était admis au début du VIIIe siècle (Cic., *ad Att.*, IV, 16; *Brut.*, 4). Celui qui intente une action au nom d'un absent peut être forcé de défendre l'absent contre toute action dirigée contre lui (Pap., *Vat. fr.*, 330; Ulp., D., III, 3, 33, 4 : *Æquum Prætori visum est*).

(4) On a peu de renseignements sur ce point, parce que sous Justinien la question était réglée par une const. de 382 (C., II, 12, 24 : Orient). On peut cependant citer comme incapables d'être *procuratores* les femmes, les soldats et les infâmes (Inst., IV, 13, 11; Paul, I, 2, 1). Pour ces derniers, on discute la question de savoir s'ils comprennent tous les incapables de postuler pour autrui ou seulement ceux qui sont exceptionnellement infâmes d'après l'édit sur les *cognitores* (cf. Lenel, *E. P.*, I, 106). Cet édit refusait le droit de plaider par *cognitor* à une série de personnes qui, pour ce motif, étaient considérées comme infâmes. Or, il est aujourd'hui démontré que la liste de ces personnes est distincte de celle qui figure dans l'édit *de postulando* (*Vat. fr.*, 320; Ulp., D., III, 2, 15; 17). On y trouve les personnes condamnées pour *calumnia* dans un procès civil et celles qui étaient condamnées dans un *judicium publicum* (Ulp., *eod.*, 15; 19; D., XLVIII, 1, 7). Cf. Karlowa, *Z. f. Rg.*, IX, 220; Debray, *De la représentation en justice*, 1892.

(5) Ulp., D., III, 3, 35 pr.; D., XLVI, 7, 3, 3.

(6) Gaius, IV, 86, 87. Dans l'*intentio* d'une action réelle, le nom du défendeur ne figure jamais.

(7) Mac., 1 de appel., D., XLIX, 1, 4, 5.

tique ont suggéré une simplification (p. 341). Elle a d'abord été admise pour le *cognitor :* régulièrement l'action *judicati* est donnée au *cognitor* ou contre lui, mais il doit restituer à son mandant ce qu'il a touché, ou se faire rembourser ce qu'il a payé : on a jugé plus commode de donner l'action *judicati* au *dominus* ou contre lui. Est-ce à dire qu'il y a désormais représentation, et que les effets de jugement se produisent directement en la personne du mandant? Nullement, car l'action *judicati* n'est donnée au mandant ou contre lui que *cognita causa;* puis il y a un cas où elle ne passe pas du tout au mandant : c'est le cas du *cognitor in rem suam* (1). Ce double résultat serait inexplicable s'il y avait représentation proprement dite; il se conçoit au contraire si le Préteur a voulu, pour des raisons d'intérêt pratique, simplifier la procédure, en supposant accomplie la cession de l'action *judicati* au profit ou à l'encontre du mandant. Cette règle, déjà admise au temps de l'édit perpétuel (2), fut étendue au cas du tuteur (p. 156, 3) et du *procurator* dont le mandat était certain, soit qu'il eût été enregistré dans les actes publics en présence du mandant (3), soit qu'il eût été notifié par celui-ci à son adversaire, ou confirmé dans une requête présentée à l'empereur (4).

V. Comparution devant le magistrat. — Cette comparution a pour but de faire constater par le magistrat les prétentions contraires des parties, d'organiser d'un commun accord une instance, puis d'obtenir une formule. La nécessité d'un accord entre les parties pour organiser une instance est une particularité de la procédure romaine (I, 418) : au civil, on ne peut rendre un jugement contre un citoyen malgré lui. Il ne suffit donc pas que le demandeur conduise son adversaire *in jure :* il faut qu'il lui fasse connaître ainsi qu'au magistrat l'action qu'il veut exercer (2ª *actionis editio*), et le décide à accepter l'instance qui va s'ouvrir. Le magistrat lui fournit d'ailleurs le moyen de vaincre toute résistance et d'obtenir un consentement qui n'est pas spontané : celui qui ne se défend pas *uti oportet* est assimilé au *judicatus* (5). Il en est de même de celui qui ne se conforme pas aux ordres

(1) Pap., *Vat. fr.*, 331; 317; cf. Labbé, sur *Ortolan*, III, 880.

(2) Cela résulte de l'existence d'un édit *de cognitore abdicando vel mutando* (*Vat. fr.*, 341). L'absence d'un édit semblable pour le *procurator* vient de ce qu'à cette époque le jugement rendu n'avait pas d'effets à l'égard du mandant. Cf. Lenel, *E. P.*, I, 100.

(3) *Præsentis procurator pro cognitore placuit haberi* (*Vat. fr.*, 331). L'assimilation n'est pas complète : le *procurator apud acta* du défendeur doit la caution *judicatum solvi* (*ib.*, 317); le *cognitor* en est dispensé : c'est au mandant à la fournir.

(4) Mod., D., III, 3, 65; Ulp., 1 Op., D., XLVI, 8, 21.

(5) Loi Rubria, c. 21; Ulp., D., L, 17, 52; cf. Jul., D., V, 1, 75.

du magistrat ou qui refuse de fournir caution (1). Par exception, dans les actions réelles et dans quelques actions personnelles comme les actions noxales (2), l'*in jus vocatus* est libre de ne pas défendre au procès, à la condition de délaisser la chose (p. 257, 5; 294, 1) ou l'auteur du délit (p. 344, 6).

Les parties, une fois d'accord pour l'organisation d'une instance, demandent au Préteur la formule de renvoi devant un juge. Le choix de la formule, les modifications à introduire dans le modèle proposé dans l'album, les clauses à insérer sur la requête du défendeur donnent lieu à des débats plus ou moins longs. Si le magistrat ne peut se prononcer le jour même, il ajourne l'affaire (3) et invite le défendeur à promettre à son adversaire de revenir à une audience ultérieure (4). La même promesse est exigée en cas de renvoi devant un autre tribunal (5). Le montant de la promesse (*vadimonium*) est fixé par le demandeur après avoir juré qu'il n'agit pas par chicane; la somme ne peut excéder ni la moitié de la valeur du litige ni 100,000 sesterces (6).

La procédure *in jure* se termine par un décret du Préteur qui refuse ou délivre la formule. Il la refuse soit lorsque la demande n'est pas fondée, soit dans certains cas où elle est fondée, mais

(1) Cette caution, qui a pour but d'assurer la marche du procès et l'exécution du jugement, est exigée du défendeur à une action réelle (p. 257, 294). Elle n'est pas imposée en principe au défendeur à une action personnelle, à moins qu'il ne soit d'une solvabilité douteuse, ou qu'il n'intervienne au nom d'autrui, ou que l'action ne soit d'une nature spéciale (*judicati*, *depensi*, *de moribus mulieris*, *judicium fructuarium* : Gaius, IV, 101, 102, 169). Aucune caution n'est exigée du demandeur, à moins qu'il ne joue le rôle de *procurator* (*ibid.*, 96-97) : le *procurator præsentis* et les personnes assimilées en sont dispensés.

(2) Ulp., D., L, 17, 156 pr.; Pomp., D., IX, 4, 33; cf. XVI, 3, 1, 37.

(3) *Dilatio, diffindere diem.* Ps. Acr., in Hor., *Sat.*, II, 1, 79; Gell., XIV, 2, 1.

(4) Cette promesse a lieu de quatre manières : 1° simplement; 2° sous caution; 3° sous serment; 4° avec désignation des récupérateurs qui auront à statuer en cas d'inobservation de la promesse (*vadimonium desertum*) : une instance spéciale était dès à présent organisée en vue de cette éventualité. Les détails manquent sur le *vadimonium jurejurando*, mais on trouve quelque chose d'analogue dans la procédure suivie en Egypte sous la domination romaine (*The Oxyrynchos-Papyri*, II, 260, de l'an 59). Ce *vadimonium* s'appliquait en cas de renvoi devant un autre tribunal : ici, en effet, le *vad. recuperatoribus suppositis* n'était pas possible, car le magistrat ne pouvait organiser une instance dans un lieu où il n'était pas compétent, et le *vad. cum satisdatione* était peu pratique. Quel intérêt y avait-il à confirmer par serment une promesse sur stipulation? Dans le papyrus précité, la promesse par serment est adressée au magistrat, et elle est faite *per genium imperatoris* (Pap. de Berlin, III, 891, de l'an 144) : le parjure constituait un crime de lèse-majesté (D., XII, 2, 13, 6), à moins de *concessa causa* (Paul, D., II, 8, 16). Cf. Wenger, *op. cit.*, 61.

(5) L. Rubria, 21 : *Vadimonium Romam promittere;* Lenel, *E. P.*, I, 62.

(6) Gaius, IV, 184-187. Par exception, le *vadimonium* est égal à la valeur du litige pour les actions *judicati* et *depensi;* le taux en est fixé par le Préteur en cas d'injure atroce (p. 469, 6). Le défendeur qui, par erreur, a promis plus qu'il ne doit, peut opposer une exception (Jul., ap. Ulp., D., II, 11, 4, 5.)

où l'équité ou la loi commandent de l'écarter. En général, les faits qui donnent lieu à une exception peuvent motiver un refus d'action (1) lorsqu'ils sont établis devant le magistrat, de manière qu'il n'y ait pas de doute possible. Mais dans quelques cas le Préteur déclare dans l'Édit qu'il ne donnera pas d'action (2).

La marche habituelle de la procédure *in jure* est modifiée dans trois cas : lorsqu'il y a lieu à une *interrogatio in jure;* lorsque, avant tout débat, le demandeur défère le serment au défendeur; lorsque le défendeur reconnaît devant le magistrat le bien fondé de la demande.

1° L'*interrogatio in jure* s'impose lorsque l'exercice d'une action est subordonnée à la qualité ou à la situation du défendeur. Le créancier d'un défunt, la victime du délit commis par un esclave doivent s'assurer que la personne citée en justice est bien l'héritier ou le propriétaire. Le défendeur est lié par sa réponse (p. 646).

2° Le serment, déféré par le demandeur (3) au défendeur en présence du magistrat, est appelé *serment nécessaire,* parce que le défendeur n'est pas libre de le refuser : il est forcé de le prêter ou de le référer au demandeur (4). La prestation du serment entraîne l'absolution du défendeur; le refus équivaut à une condamnation (5). Le sort du procès est donc entre les mains du défendeur. Voilà une institution bien étrange; elle l'est d'autant plus que le serment déféré avant tout débat ne peut servir à découvrir la vérité, à trancher le doute qui pourrait subsister à la fin du procès.

Le serment nécessaire est une survivance d'une époque où il n'existait pas encore un système de preuves bien coordonné : on s'en remettait au serment de l'une des parties, dans l'espoir que les dieux sauraient punir le parjure. Le débiteur qui jurait ne rien devoir était libéré (6). Cette institution aurait dû disparaître lorsque l'administration de la justice fut régulièrement organisée : elle a survécu par la force de l'habitude (7), mais la jurispru-

(1) Ulp., D., L, 17, 102, 1 : *Ejus est actionem denegare qui possit et dare.*

(2) Serment nécessaire, jeu de hasard (p. 473, 3), promesse *onerandæ libertatis causa* (Ulp., D., XII, 2, 7 ; 9 pr. ; XLIV, 5, 1, 5).

(3) Ulp., D., XII, 2, 34, 6. Au IIIe siècle, le même droit fut accordé au défendeur, d'après Paul (II, 1, 1-2) (cf. Diocl., IV, 1, 8), si ce texte n'a pas été remanié.

(4) Exception est faite pour les vestales et le flamine de Jupiter (Gell., V, 25).

(5) Ulp., *eod.*, 34, 9; D., XLII, 1, 56. C'est là une nouvelle différence avec le serment volontaire; le serment nécessaire ne produit ni action ni exception *jurisj.*

(6) Cela rappelle le serment purgatoire des coutumes germaniques : l'accusé, qui, avec des *cojurantes*, affirmait sous serment son innocence, était absous. Cf. Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 1898, p. 93.

(7) Elle subsiste dans le Code civil sous le nom de serment décisoire, mais ce serment n'a plus le caractère du serment nécessaire : il repose sur une convention.

dence en a renfermé l'application dans ses limites primitives. Le serment nécessaire n'est admis que dans une catégorie d'actions, dans les cas prévus par l'édit *si certum petetur,* soit en matière d'argent prêté, soit *de omni certa re* (1). A ces deux cas, on a assimilé les demandes fondées sur le *jusjurandum liberti* ou sur un pacte de constitut; on les considère comme ayant pour objet une *pecunia credita* (p. 373, 1; 455, 3).

3° L'*aveu* fait par le défendeur devant le magistrat, en présence du demandeur ou de son mandataire, rend inutile dans certains cas, l'organisation d'une instance (2) : il équivaut à un jugement. En cela, il diffère de l'aveu extrajudiciaire, de l'aveu fait devant le juge, ou même de la réponse affirmative à une *interrogatio in jure* (3). L'*in jure confessus* est assimilé au *judicatus* (I, 424). Mais à une époque où toute condamnation est pécuniaire, la règle *confessus pro judicato habetur* ne peut avoir une portée générale et s'appliquer aux demandes qui ont pour objet autre chose qu'une somme d'argent déterminée. L'aveu n'a ici d'autre effet que de simplifier la tâche du juge, en supprimant tout débat sur le mérite de la demande. Il sera donc nécessaire d'organiser une instance : l'*in jure confessus* ne peut s'y refuser sous peine d'être traité comme un *indefensus* (4). — Il en est autrement pour l'action en revendication et d'une manière générale pour tous les cas où l'on a recours à une formule arbitraire :

(1) C'est encore une différence avec le serment volontaire. Cette restriction, longtemps méconnue, a été établie par Demelius (*op. cit.*, p. 460, 4). Il a démontré que les textes du Digeste (XII, 2) forment deux groupes empruntés, l'un aux commentaires, sur le serment volontaire; l'autre aux commentaires *de rebus creditis* (I, 679, 1). Cf. Jobbé-Duval, I, 134; Geouffre de Lapradelle, *l'Evolution historique du serment décisoire en droit romain*, 1894. — Le serment nécessaire a été admis dans quelques cas étrangers à l'édit *si certum petetur*, mais ici le serment ne peut être référé (Ulp., D., XXV, 2, 11, 3; IX, 4, 25, 2; XLVII, 10, 5, 8). Au Bas-Empire, le serment nécessaire est devenu une sorte de serment probatoire (C., IV, 1, 11 et 12). Cf. p. 880 et notre article Jusjurandum (*Dict. des Antiq.*, V, 774).

(2) L'aveu n'est pas admis dans les procès relatifs à l'état des personnes (Ulp., 5 opin., D., I, 5, 27; Diocl., C., VII, 16, 39). Dans les actions qui croissent au double *adversus infitiantem* (*legis Aquiliæ, ex testamento*), l'aveu peut être fait par un mandataire (Ulp., D., IX, 2, 25, 1) et ne produit pas le même effet que la *confessio in jure :* il ne rend jamais inutile le renvoi devant un juge ; il fait substituer à l'action au double une action dite *confessoria* dans laquelle la responsabilité du défendeur, quant au meurtre de l'esclave ou l'existence d'un legs valable, sera mise hors de doute; mais le juge aura à rechercher, si par exemple le testateur ou l'esclave est encore vivant, puis il fera l'évaluation du litige (Jul., ap. Ulp., D., IX, 2, 23, 11; 25, 2; D., XLII, 2, 3).

(3) Afr., D., XLII, 2, 7. L'aveu donne ici naissance à une *actio interrogatoria* (p. 646, 4).

(4) Ulp., 5 de omn. trib., D., XLII, 2, 6 pr., 1 : *Certum confessus pro judicato erit, incertum, non erit. Si quid incertum confiteatur... urgueri debet ut certum confiteatur* (Loi Rubria, c. 21, 22). Cf. Demelius, *Die Confessio in röm. Civilprozess*, 1882 ; Giffard, *La confessio in jure*, 1900.

l'aveu rend inutile l'*arbitrium* du juge; il équivaut à la *pronunciatio rem actoris esse*. On accorde au *confessus* un délai pour donner satisfaction au demandeur : s'il ne restitue pas, on fera la *litis æstimatio* (1). — La distinction qui précède a disparu avec les formules : au Bas-Empire, l'aveu équivaut toujours au jugement (p. 877).

VI. Litis contestatio. — La *litis contestatio* est un acte formel et bilatéral par lequel on prend des témoins pour constater l'accord des volontés nécessaires à l'organisation d'une instance (2). De ces deux caractères de la *litis contestatio*, le second seul a subsisté aussi longtemps que la procédure formulaire. L'appel des témoins, qui paraît avoir été tout d'abord exigé comme dans la procédure des actions de la loi (3), a fini par tomber en désuétude : on s'est contenté de l'échange des consentements des parties en présence du magistrat. Le demandeur propose au défendeur d'accepter comme base de leurs rapports futurs la formule dans laquelle il a renfermé sa prétention et dont le sort dépendra de l'issue du procès. Cette proposition constitue l'*actionis editio* (4) ; elle tend à *rem in judicium deducere* (5). Si le défendeur refuse sans raison suffisante, le magistrat usera de son influence pour l'y décider (6). S'il accepte (*judicium accipere*), la *litis constestatio* est consommée, l'instance est liée (7).

(1) Une *Oratio* de Marc-Aurèle a également écarté la distinction entre les effets de l'aveu dans certains cas que l'on ne connaît pas d'une manière précise, mais que l'on croit relatifs à la procédure extraordinaire (Ulp., D., XLII, 2, 6, 2). Cf. Pernice, *Z. Sav. St.*, XIV, 135; Demelius, *op. cit.* 205.

(2) On a longtemps considéré la *l. c.* comme le terme de la procédure *in jure*. Ce serait, non plus un acte réel, mais un instant de raison. Cette conception, présentée par Keller en 1827, a été justement combattue par Wlassak (*Litiskontestation im Formularprocess*, 1889). La *l. c.* est l'œuvre des parties (Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 6, 1, 1 : *Si inter Primum et Secundum sit lis contestata*). L'expression *litem contestari cum aliquo* prouve que ce n'est pas un acte unilatéral.

(3) Fest., v° *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet : Testes estote*. Les mots *ordinato judicio* ne conviennent pas aux actions de la loi, car, depuis la loi Pinaria, la nomination du juge avait lieu, non pas avant la *l. c.*, mais trente jours après (I, 419, 3).

(4) Gaius, IV, 165 : *Formulam edere adversario*. La question de savoir comment avait lieu l'*actionis editio* est discutée. Divers textes parlent de *dictare judicium* (Pap., 9 Quæst., D., XV, 1, 50, 2; Paul, 1 ad Ed. æd., D., XXI, 1, 30 pr.); il est probable que tel était le procédé normal : le demandeur dictait la formule au défendeur. Cf. p. 745, 2; Lenel, *Z. Sav. St.*, XV, 385.

(5) Gaius, IV, 58, 121, 123. C'est un acte analogue à celui qui consiste à *rem in stipulationem deducere* (Paul, 33 ad Ed., D., XVIII, 5, 3). Le rapprochement entre ces deux actes est fait par Paul (18 ad Ed., D., XLV, 1, 76).

(6) Paul, 72 ad Ed., D., XLV, 1, 83, 1 : *Stipulatio ex utriusque consensu valet; judicium autem etiam in invitum redditur*. Cf. Paul, D., III, 3, 54 pr.; V, 1, 28, 2. L'intervention du Préteur n'enlève pas à l'acte son caractère contractuel; les stipulations prétoriennes ont lieu aussi sur l'ordre du magistrat (p. 713).

(7) Pomp., ap. Marc., 2 Reg., D., XXVI, 8, 15; Ulp., D., XV, 1, 3, 11 : *Sicut in*

Désormais, il ne sera plus question, entre les parties et devant le juge, du droit litigieux, mais du contenu de la formule (1).

Tel est le résultat de la procédure *in jure* : établir entre les parties un rapport analogue à celui qui résulte d'un contrat. Le droit litigieux, quel qu'il soit, est éteint, puis remplacé par une créance conditionnelle, et cette créance a toujours pour objet une somme d'argent.

La *litis contestatio* éteint le droit antérieur (*consumitur actio*) (2), tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*. Elle l'éteint de plein droit lorsqu'il est sanctionné par une action personnelle *in jus* et que le *judicium* est *legitimum*; dans tout autre cas, le droit d'action subsiste, mais il peut être paralysé par une exception (3). Cette distinction, qui tient à des raisons historiques (4), n'a d'ailleurs en pratique que peu d'intérêt : l'exception étant perpétuelle, peut toujours être invoquée, mais elle doit l'être *in jure*.

La *litis contestatio* donne ensuite naissance à un droit nouveau substitué à l'ancien (*incipit teneri reus litis contestatione*). Il y a là une sorte de novation (5). Ce rapprochement a été fait par les *Veteres* pour les débiteurs tenus d'une action personnelle de droit strict. On l'étendit ensuite aux actions de bonne foi, aux actions *in factum* et même aux actions réelles, mais avec des restrictions qui ont fini par réagir sur les actions de droit strict. Il faut donc bien se garder de conclure à l'identité de la stipulation novatoire

stipulatione contrahitur... ita judicio contrahi. L'accord de volontés des parties au moment où *inchoatur actio* est attesté par Pomp., D., L, 17, 27.

(1) Ulp., *l. c. : Non originem judicii spectandum, sed ipsam judicati velut obligationem.*

(2) L'effet extinctif de *l. c.* était, en certains cas, contraire à l'équité : on pouvait l'écarter de plusieurs manières. On en a indiqué deux p. 548 ; en voici d'autres applicables au cas de pluralité de débiteurs tenus de l'action *de peculio* : d'après Julien, le créancier doit diviser sa poursuite (p. 338, 1) ; suivant Proculus, le magistrat doit lui restituer l'action éteinte et lui permettre d'agir contre les autres débiteurs (Paul, D., XV, 1, 47, 3). Les compilateurs ont adopté cette seconde opinion et interpolé les textes conformes à la doctrine Sabinienne, tels que Jul., *eod.*, 32 pr. ; Ulp., *eod.*, 30, 4 (où l'on a supprimé la négation). Cf. Lusignani, *La consumazione processuale dell'* actio de peculio, 1899 ; Erman, *Z. Sav. St.*, XX, 243.

(3) Gaius, IV, 131 a; 106-107 ; Jul., ap. Ulp., 28 ad Ed., D., XIV, 3, 13 pr.

(4) Elle s'explique aisément pour les actions *in factum* et les *judicia imperio continentia,* qui sont à tous égards des créations prétoriennes. Pour les actions réelles, on ne pouvait songer au temps des actions de la loi à une extinction *ipso jure*, conséquence d'une novation : l'idée de novation ne se conçoit à cette époque que pour les obligations. Aussi la règle établie par les *Veteres* sur l'effet de la *l. c.* vise-t-elle uniquement les débiteurs tenus (Gaius, III, 180) de *dare oportere.* Au temps de la procédure formulaire, l'extinction *ipso jure* s'applique même aux actions de bonne foi qui sont de création récente, bien que *in personam* et *in jus*, parce que dans ces actions le renouvellement de la poursuite était considéré comme contraire à la bonne foi. Cf. Ulp., 76 ad Ed., D., XLIV, 4, 2, 5.

(5) Gaius, III, 180; cf. Scæv., 1 Resp., D., XLVI, 1, 60; Pap., *Vat. fr.*, 263.

et de la *litis contestatio* (1). Il faut surtout ne pas oublier qu'on agit en justice pour améliorer sa situation et non pour la rendre pire (2). De là trois différences : la *l. c.* n'éteint pas les privilèges, gages, hypothèques, qui garantissaient le droit antérieur; elle n'arrête pas le cours des intérêts (3); elle laisse subsister une obligation naturelle (4). Sous cette réserve, la jurisprudence a traité la *litis contestatio* comme un acte juridique qui a pour effet de substituer au droit litigieux un rapport obligatoire. C'est là une construction à la fois élégante et pratique : on en a déduit une série de conséquences.

1° La *litis contestatio*, comme la stipulation, établit entre les parties un rapport essentiellement relatif : il ne peut ni profiter ni nuire aux tiers (5). On ne considère pas comme des tiers les codébiteurs tenus d'une obligation solidaire, les cofidéjusseurs, ni ceux qui, à titre de mandataires, défendent au procès pour le compte d'autrui (6).

2° Ce rapport ne peut, en principe, subir, après coup, aucune modification. On ne peut substituer un plaideur à un autre (7) ni changer de juge, sinon en cas de nécessité et avec l'autorisation du magistrat (*cognita causa*) : il y a alors *translatio judicii*. Si par exemple le juge meurt, devient incapable, se fait excuser

(1) Paul, 24 Quæst., D., XLVI, 2, 29 : *Aliam causam esse novationis voluntariæ, aliam judicii accepti, multa exempla ostendunt.*

(2) Paul, D., L, 17, 86; 87. Il y a encore d'autres différences : la stipulation novatoire conditionnelle n'éteint le droit antérieur que si la condition se réalise (Ulp., D., XLVI, 2, 14 pr.) ; la *l. c.* l'éteint immédiatement. L'idée de novation est écartée dans les actions arbitraires, lorsque le défendeur restitue la chose; dans les actions où l'on applique la règle *judicia esse absolutoria*, car on attribue un effet libératoire à l'exécution d'une créance qui est réputée éteinte par la *l. c.*

(3) Marc., D., XX, 1, 13, 4; Paul, D., XXII, 1, 35 (cf. D., XLVI, 2, 18); Marcel., ap. Ulp., D., XLVI, 2, 14 pr.; XLVI, 3, 72, 1.

(4) Cette obligation sera efficace, notamment en cas de péremption d'instance : elle permettra au demandeur d'invoquer une exception de dol (Venul., 15 stip., D., XLVI, 8, 8, 1) ou de se prévaloir d'un gage (Paul, 22 ad Ed., D., IX, 1, 30, 1).

(5) Cf. Macer., D., XLII, 1, 63 : *Res inter alios judicatas aliis non præjudicare.*

(6) Jav., D., XLV, 2, 2; Pomp., D., XLVI, 3, 23; Ulp., D., XLIV, 2, 11, 7.

(7) En matière réelle, le demandeur aurait pu être tenté d'aliéner la chose litigieuse après la *l. c.*; le défendeur aurait été exposé à une seconde action en revendication : le Préteur le protège contre l'acheteur de mauvaise foi par l'exception *rei litigiosæ* (Gaius, IV, 117 *a*). Un édit d'Auguste complète cette disposition en annulant la vente de la chose litigieuse et en infligeant à l'acheteur une amende de 5,000 sesterces au profit du fisc (p. 237, 1). Cet édit fut étendu *prava usurpatione* aux fonds provinciaux, bien que le vendeur, n'étant pas en possession, ne pût en transmettre la propriété comme pour les fonds italiques par mancipation ou *in jure cessio*. L'extension fut admise sans doute dans l'intérêt du fisc. — L'Édit ne s'occupe pas de l'aliénation par le défendeur : elle ne pouvait avoir de conséquence fâcheuse contre le demandeur garanti par la caution *judicatum solvi*. Lorsque, au Bas-Empire, cette caution perdit une partie de son efficacité, on interdit au défendeur d'aliéner la chose litigieuse sous peine d'amende (p. 823, 3).

ou déclare *sibi non liquere,* le magistrat remplacera dans la formule son nom par un autre (1). Si l'un des plaideurs vient à mourir, on mettra dans la *condemnatio* le nom de son héritier; s'il ne peut suivre le procès, on mettra le nom de son *procurator* (2). Dans tous les cas, le rapport de droit reste le même (3). On ne peut non plus modifier la question soumise au juge, sauf *in integrum restitutio,* pour cause d'erreur (p. 721, 1).

3° Le juge doit se reporter au jour où a eu lieu la *litis contestatio* pour apprécier la prétention du demandeur et déterminer le montant de la condamnation. Il n'a pas à tenir compte des événements postérieurs qui entraîneraient le rejet de la demande (comme l'achèvement de l'usucapion au profit du défendeur) (4), ou qui modifieraient la valeur de la chose. Mais cette règle reçut les atténuations commandées par l'équité (p. 758).

4° Le défendeur, même à une action réelle, est traité comme un débiteur contractuel : il est responsable de ses négligences (5).

5° La *l. c.* rend perpétuelles et transmissibles les actions temporaires et intransmissibles (6) : le défendeur est traité, même s'il est obligé *ex delicto,* comme un débiteur contractuel.

6° L'obligation qui résulte de la *litis contestatio* peut être garantie par des cautions sur l'ordre du magistrat. Ces cautions sont imposées en principe à ceux qui plaident au nom d'autrui, soit pour le demandeur, soit pour le défendeur. Quant à ceux qui plaident en leur nom personnel, le défendeur à une action réelle doit toujours fournir la caution *judicatum solvi;* il doit aussi donner caution pour certaines actions personnelles. En cas de refus, il est traité comme un *indefensus :* ses biens sont saisis et vendus, ou même on procède à l'exécution sur la personne si l'action est *certæ pecuniæ* (7). En matière réelle, le Préteur se contente de transférer la possession au demandeur.

VII. PROCÉDURE DEVANT LE JUGE (8). — § 1er. *Les juges :* Unus

(1) ALF., D., V, 1, 76; PAP., D., XXVII, 7, 6; PAUL, *eod.*, 60; GELL., XIV, 2.

(2) PAUL, D., XXVII, 7, 8; GAIUS, D., III, 3, 46 pr.; ULP., *eod.*, 17 pr.; *Vat. fr.*, 341. Cf. PAUL, D., III, 4, 6, 3.

(3) ALF., *loc. cit. : Et rem eamdem et judicium idem quod antea fuisset permanere.* Voir un exemple dans PAUL, 5 ad Ed., D., III, 2, 14.

(4) P. 250. GAIUS, D., VI, 1, 18. Cf. ULP., D., VIII, 5, 8, 4.

(5) TREB., JUL., POMP., ap. PAUL, D., VI, 1, 33; GAIUS, *eod.*, 36, 1.

(6) P. 704, 3. Il en est de même en droit moderne, mais on discute la question de savoir si cet effet se produit dès l'ajournement (GARSONNET, *Traité de procédure*, II, 431), ou seulement lorsque l'affaire est en état de recevoir jugement (GLASSON, *Précis*, I, 278).

(7) GAIUS, IV, 88-90; 96. Loi Rubria, 21-22.

(8) Les règles sur cette procédure ont été exposées t. Ier, p. 418-421. Voir pour le groupement des affaires d'une même série, et le tirage au sort des juges chargés des affaires de chaque série, I, 419; 418, 4.

judex; *récupérateurs*. — En principe, la formule contient l'institution d'un juge unique choisi par les parties ou à défaut tiré au sort par le magistrat sur les listes des juges. Il y a cependant certaines affaires dont le jugement est confié à des récupérateurs : anciennement, c'étaient les procès entre citoyens et pérégrins (I, 400) ; désormais, ce sont aussi les procès entre citoyens. La loi dans quelques cas (1), le Préteur d'une manière plus large (2), permettent aux plaideurs de demander leur renvoi devant des récupérateurs : la procédure est plus rapide (I, 401), mais la sentence n'a pas la valeur réservée à celle du juge unique, car l'instance n'est jamais un *judicium legitimum*.

§ 2. *Division des instances :* Judicia legitima, imperio continentia. — Cette division des instances ne se confond pas avec la division des actions en civiles ou prétoriennes : une action peut être donnée en vertu de la loi sans que l'instance soit légitime, de même qu'une instance peut être légitime alors qu'on exerce une action prétorienne. Est *legitimum* le *judicium* organisé à Rome ou dans le rayon d'un mille autour de la ville, devant un juge unique, citoyen romain, entre citoyens romains. Si l'un de ces trois caractères manque, le *judicium* est *imperio continens*. Cette division des instances s'explique historiquement : la notion du *judicium legitimum* remonte à une époque où la procédure réglée par la loi n'était applicable qu'aux citoyens romains, où la mission de juger était, en règle générale, confiée à un seul juge; où il n'y avait pour le peuple romain qu'un tribunal siégeant à Rome. Lorsque, après l'agrandissement du territoire, on permit aux magistrats d'organiser des instances hors de Rome par l'intermédiaire de délégués, ces instances ouvertes contrairement à la coutume, furent mises dans une classe à part : on les distingua en disant qu'elles reposaient sur l'*imperium* du magistrat (3). Il en fut de même dans les provinces pour les

(1) Loi agraire de 643, l. 36-39; Loi latine de Bantia, l. 9-10.

(2) Wlassak (*Processgesetze*, II, 309) et Lenel (*E. P.*, I, 29) conjecturent que les actions fondées sur l'*imperium* du magistrat donnaient lieu à un *judicium recuperatorium;* les parties auraient eu cependant la faculté, sous certaines conditions, de demander la nomination d'un juge unique. Pour les actions fondées sur le droit civil, le renvoi devant un juge unique aurait été la règle; dans certains cas seulement, le juge pouvait être remplacé par des récupérateurs. La nomination de récupérateurs est attestée pour les procès *de libertate* (p. 141, 4), *de hominibus armatis coactisve*, *de injuriis* (p. 477, 5; 469, 1); en cas de *vadimonium* (p. 750, 4), d'interdits et d'action intentée contre un patron sans autorisation (Gaius, IV, 141; 46).

(3) Gaius, IV, 103-105; 109. Il n'y eut vraisemblablement rien de changé lorsque les *præfecti juri dicundo* d'Italie eurent été remplacés par les magistrats municipaux. En sens contraire, Wlassak (II, 221), qui conclut à l'existence d'une seconde loi Julia *judiciorum privatorum*, applicable aux citoyens résidant hors de Rome. Mais il n'y a aucune trace de cette loi.

instances organisées par les gouverneurs ou par leurs légats.

Cette distinction est importante (1) : depuis la loi Julia *judiciaria*, les *judicia legitima* s'éteignent au bout de dix-huit mois ; les *judicia imperio continentia* ne subsistent que pendant la durée des pouvoirs du magistrat qui a délivré la formule, soit, au maximum, un an à Rome (2) et dans les provinces sénatoriales (3).

§ 3. *Elargissement des pouvoirs du juge.* — En principe, le juge doit se conformer strictement aux termes de la formule, absoudre ou condamner sous des conditions déterminées. Il ne dépend pas de lui de tenir compte de faits étrangers à la formule, alors même que l'équité lui en ferait un devoir. Cette conception étroite de la mission du juge a été modifiée par la jurisprudence : dans la procédure comme dans le droit, mais dans une moindre mesure, l'équité a fini par triompher : 1° dans les actions de bonne foi, la valeur pécuniaire de la chose litigieuse s'apprécie au jour du jugement (4) ; 2° dans les actions de bonne foi et dans les actions arbitraires, les conditions d'exercice de l'action ne s'apprécient plus exclusivement au jour de la *litis contestatio;* le juge est autorisé à se placer au jour du jugement (5) ; 3° dans ces mêmes actions suivant les Proculiens, dans toutes les actions suivant les Sabiniens dont l'opinion a prévalu, la satisfaction fournie au demandeur entre la *litis contestatio* et le jugement entraîne l'absolution du défendeur (6) ; 4° il en est de même si la chose a péri fortuitement au cours du procès, surtout si elle eut péri

(1) Autres différences : quant à la *litis contestatio* (p. 754, 3), à l'*adjudicatio* (p. 241, 3) ; quant à la tutelle des pupilles (p. 152, 2) et des femmes (I, 317, 1).

(2) L'instance était périmée si elle n'était ouverte devant le juge avant la fin de l'année : Auguste permit aux juges qui se plaignaient d'être surchargés à la fin de l'année judiciaire, de renvoyer à l'année suivante les causes inscrites au rôle en novembre et décembre (Suet., *Aug.*, 32).

(3) Dans les provinces impériales, où les légats impériaux restaient en charge tant qu'il plaisait à l'empereur, l'absence d'un délai fixe aurait eu de graves inconvénients si l'on n'eût admis que les juges conservaient le droit de juger sous le successeur du gouverneur qui les avait institués (Scæv., Paul, D., V, 1, 49, 1).

(4) Ulp., 28 ad Ed., D., XIII, 6, 3, 2; Ulp., D., XIII, 4, 3; Sab., ap. Jul., D., XII, 1, 22. Servius appliquait déjà ces tempéraments d'équité à la *condictio triticaria*, mais cette opinion n'a pas prévalu.

(5) Cette atténuation fut admise dans divers cas par Proc., ap. Paul, D., VI, 1, 27, 1; Ner., ap. Ulp., D., XVI, 3, 1, 21 ; Jul., D., X, 4, 8 ; cf. p. 707, 2. L'opinion contraire est indiquée par Jav., D., V, 1, 35, et Paul, *eod.*, 2, 3. Même doctrine pour l'action *de peculio* : Proc., Peg., ap. Ulp., D., XV, 1, 30 pr.

(6) Sab., Cass., ap. Gaium, IV, 114 : *omnia judicia esse absolutoria.* Dès lors, l'effet novatoire de la *l. c.* est subordonné à la condition que le demandeur ne recevra pas satisfaction avant le jugement. Les Proculiens faisaient une réserve pour les actions de droit strict, mais ils autorisaient sans doute le défendeur à répéter ce qu'il avait donné ou à repousser l'action *judicati* par une exception de dol (Ulp., D., XII, 6, 23, 3). L'opinion des Proculiens est suivie par Paul (D., XLV, 1, 84).

également dans le cas où elle aurait été restituée (1) ; 5° la condamnation doit comprendre tout ce que le demandeur aurait eu si le jugement eût été rendu lors de la *litis contestatio* (fruits, part des esclaves, etc.); on ne veut pas qu'il souffre des lenteurs de la justice (2).

§ 4. *Surveillance du magistrat.* — La procédure *in judicio* a lieu sous la surveillance du magistrat. Il peut suspendre le procès (3), user de contrainte envers le juge négligent, le décharger de sa mission en cas d'empêchement (4), le révoquer, le remplacer en cas de décès ou lorsqu'il jure *sibi non liquere* (5). Il doit éclairer le juge qui le consulte sur un point de droit; mais il ne doit lui donner aucun conseil sur l'appréciation du fait : ce serait porter atteinte à l'indépendance du juge (6).

§ 5. *Preuves.* — La théorie des preuves est plutôt l'œuvre des rhéteurs que de la jurisprudence (7). Les jurisconsultes classiques se sont contentés de formuler un certain nombre de règles consacrées par l'usage sans en imposer l'application d'une manière trop rigoureuse, pour ne pas blesser l'équité. La règle fondamentale consiste à obliger chacun des plaideurs à prouver ses allégations (8). — La preuve peut être faite par tout moyen approprié : témoins, titres, constatation matérielle, présomption (9), aveu, serment (10). Mais aucun de ces moyens de preuve ne force la conviction du juge qui en apprécie souverai-

(1) Cf. p. 261, 1. Paul, 6 ad Plaut., D., XXIII, 3, 56 pr. Cette exception était déjà admise par Alfenus (D., VI, 1, 58) et même vraisemblablement par Trebatius (*eod.*, 33).

(2) P. 260, 4. Jul., D., XXX, 91, 7 : *Cum homo ex testamento petitus est, causa ejus temporis, quo lis contestabatur repræsentari debet actori;* Paul, D., XII, 1, 31 pr. ; Pap., D., XXII, 1, 2; 3, 1 ; Paul, *eod.*, 38, 7.

(3) Paul, 51 ad Ed., D., XL, 12, 24, 3; Hadr., ap. Paul, *eod.*, 23, 2.

(4) Jul., D., V, 1, 74 pr. ; Ulp., *eod.*, 18 pr. ; Alf., 76; Paul, *eod.*, 29; 46.

(5) Paul, 13 ad Sab., *eod.*, 58 ; 17 ad Ed., *eod.*, 12; Gell., XIV, 2, 25.

(6) Ulp., 5 de off. proc., D., V, 1, 79, 1.

(7) Cf. Cic., *de orat.*, II, 27; Quint., V, 1; 6; 7. Au temps de Cicéron, les jurisconsultes comme Aquilius Gallus dédaignaient de s'occuper de la question de preuve dans un procès. Boeth. (Or., I, 346) : *Nihil ad nos, inquiebat et ad Ciceronem potius consulentes id est ad rhetorem remittebat.*

(8) Cels., D., XXII, 3, 12; Marc., 21 : *Semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.* Le défendeur est *actor* quant à la preuve de ses moyens de défense (p. 715, 4). Voir une dérogation à la règle, p. 386, 1.

(9) P. 100, 6; 114; 376, 5-6.

(10) Le serment déféré par le juge, lorsqu'il n'y a pas de preuves suffisantes, n'a aucune valeur légale : le juge est libre de n'en pas tenir compte. On a prétendu que le serment judiciaire peut être déféré par l'une des parties à l'autre et produit les mêmes effets que le serment déféré *in jure;* mais les textes sur lesquels on appuie cette manière de voir (Ulp., D., XII, 2, 34, 8-9) ont été interpolés. Cf. Demelius, *op. cit.*, 89, 141. — Le serment judiciaire diffère également du serment volontaire : l'affaire peut être remise en question lorsque, après le jugement, on découvre des pièces décisives ; cela n'est pas possible s'il y a eu serment volontaire (Gaius, *eod.*, 31).

nement la valeur. La loi s'est abstenue de déterminer d'une manière formelle, le degré de croyance qu'on doit leur attribuer. Les questions de droit que chaque affaire pouvait soulever, étaient résolues par le juge avec le concours de son assesseur ou de son conseil (p. 36). Les plaideurs avaient soin de lui communiquer l'avis d'un jurisconsulte (1).

§ 6. *Conflit des lois.* — En cas de procès entre citoyens romains et pérégrins, ou entre pérégrins, en raison d'un acte accompli sur le territoire romain, quelle loi doit appliquer le juge institué par un magistrat romain? La loi romaine ou la loi pérégrine? C'est la question du conflit des lois (2), qui forme aujourd'hui l'objet du droit international privé (3). Elle se pose à Rome avant l'édit de Caracalla, pour les pérégrins appartenant à des cités qui ont conservé leur autonomie, mais elle est loin d'offrir le même intérêt qu'en droit moderne : un grand nombre d'actes étaient régis soit par le *jus gentium* qui était commun aux Romains et aux pérégrins (p. 48), soit par le *jus honorarium* qui s'appliquait sur le territoire soumis à la juridiction du magistrat sans distinction entre les Romains et les pérégrins (4). Si importante que soit en pratique cette double réserve, il serait excessif de prétendre que la question du conflit des lois ait été étrangère aux Romains. On sait déjà : 1° que certaines lois romaines sont territoriales; elles régissent tous les résidants quelle que soit leur nationalité ; 2° que, dans plusieurs cas (5), le juge doit appliquer la loi pérégrine à l'exclusion de la loi romaine (6).

(1) Un papyrus gréco-égyptien de l'an 186 contient le texte d'une consultation donnée par le jurisconsulte Ulpius Dionysodorus et adressée à Sallustius Africanus *præfectus militiæ et jurisdictioni præpositus* (*The Oxyrhynchos-Papiri*, II, 152-164). Cf. la traduction latine de Bonfante, *Bull. di d. R.*, XIII, 56.

(2) Cf. de Boeck, *le Preteur pérégrin*, 1881, p. 186; Chénon, *la Loi pérégrine à Rome*, 1891; Baron, *Peregrinenrecht und jus gentium*, 1892; Weiss, *Traité de droit international privé*, 1898, III, 117.

(3) La question serait une question de droit interne s'il s'agissait du conflit des lois d'un pays soumis au même pouvoir politique Tel était le régime de la personnalité des lois à l'époque franque. Cf. Lainé, *Introduction au droit international privé*, 1888, I, 65.

(4) Sauf à Rome où, par suite de la présence de deux préteurs, l'un urbain, l'autre pérégrin, il y avait, en la forme, un *jus honorarium* spécial aux pérégrins.

(5) P. 63, 7; 64, 7. Ces cas sont relatifs, les uns au droit du patrimoine, les autres au droit des personnes, spécialement au mariage (p. 92). Sur ce dernier point, M. de Boeck (p. 142) et M. Chénon (p. 16) ont proposé une ingénieuse distinction suivant que le mariage a lieu soit entre pérégrins appartenant à la même cité ou à des cités qui ont entre elles le *conubium*, soit entre des pérégrins appartenant à des cités différentes n'ayant pas entre elles le *conubium :* dans le premier cas, le mariage est régi par le droit pérégrin ; l'enfant qui en est issu est *justus filius ;* dans le second, le droit romain ni le droit pérégrin ne sont applicables, mais seulement le *jus gentium ;* l'enfant suit dès lors la condition de la mère.

(6) Il s'agit uniquement des conditions de fond requises pour la validité de l'acte

VIII. Sentence. — Le juge doit, suivant l'instruction contenue dans la formule, absoudre le défendeur ou le condamner à payer une somme d'argent. Il ne peut en aucun cas condamner le demandeur, par exemple, en raison du préjudice causé par une poursuite inconsidérée ou de mauvaise foi. Il ne peut pas davantage accorder au demandeur des dommages-intérêts, si le défendeur a résisté par pure chicane. Il y avait là une lacune qu'il dépendait des parties de combler par des moyens divers. Déjà l'ancien droit avait réprimé certains torts causés au cours d'un procès et infligé des peines aux plaideurs téméraires (I, 437). Le droit classique est entré plus largement dans cette voie; il a consacré des moyens divers mis à la disposition soit du demandeur, soit du défendeur, mais dont on ne peut en aucun cas cumuler le bénéfice : stipulations réciproques, infamie (1), *jusjurandum* (2) ou *judicium calumniæ* (3), *judicium contrarium* (4).

IX. Autorité de la chose jugée. — Dans les rapports entre les plaideurs, la chose jugée est réputée l'expression de la vérité (5). L'intérêt public exige que les droits des particuliers ne restent pas indéfiniment dans l'incertitude; il commande d'éviter les difficultés inextricables qui résulteraient de la contrariété des jugements; l'ordre social ne permet pas de laisser subsister des causes de dissension entre citoyens (6). Ces raisons ont été aperçues par les Romains de la fin de la République. Le principe de l'autorité de la chose jugée, inconnu à l'ancien droit (I, 435),

Il ne paraît pas que les Romains aient connu la règle *locus regit actum* sur la forme des actes.

(1) P. 712, 2; 486, 1. Gaius, IV, 165, 182.

(2) Gaius, IV, 171, 172, 176. Lorsque le procès ne comporte pas de *sponsio* pénale (I, 669, 3; II, 455, 2) ou qu'il ne donne pas lieu à une action au double (*ab initio*, comme l'action *furti*, ou en cas d'*infitiatio*, comme l'action *judicati*), le Préteur permet à l'une ou l'autre des parties d'exiger de l'adversaire le serment de calomnie : on doit jurer qu'on n'agit pas par esprit de chicane. Ce serment peut être exigé, même dans les cas ci-dessus, excepté lorsque le défendeur est un héritier, une femme ou un pupille.

(3) Gaius, IV, 174-179. Ce moyen, réservé au défendeur, lui permettra d'obtenir, en cas de défaite de son adversaire dans l'instance principale et s'il peut prouver que l'action a été intentée par chicane, une condamnation egale à un dixième de la valeur du litige, ou même à un tiers quand on plaide contre un *adsertor*. Sous Justinien, le demandeur doit promettre sous caution de ne pas se désister de son action pour éviter la peine de la calomnie (Nov., 112, 2 pr.). Cf. p. 876, 2. Il est vraisemblable que cette règle remonte au droit classique. Cf. Lenel, *E. P.*, I, 125.

(4) Cette action est accordée au défendeur à certains procès (injures, etc.). La condamnation est uniquement subordonnée à la défaite du demandeur et non, comme dans le *judicium calumniæ*, à la preuve de la chicane. La condamnation est, suivant les cas, du dixième ou du cinquième de celle qu'aurait encourue le défendeur s'il eût succombé (Gaius, IV, 177-178).

(5) Ulp., 1 ad l. Jul., D., I, 5, 25.

(6) Mod., 7 Pand., D., XLII, 1, 1; Paul, 70 ad Ed., D., XLIV, 2, 6.

a été appliqué en fait avant d'être formulé et réglementé par la jurisprudence. Il y avait même certains cas où l'observation en était assurée indirectement à l'égard du demandeur; s'il voulait renouveler sa poursuite, il était écarté *ipso jure* ou *exceptionis ope* par application de la règle *bis de eadem re ne sit actio*. Quant au défendeur, s'il voulait remettre en question la chose jugée, il dépendait du magistrat de lui refuser l'action qu'il sollicitait (1). Les jurisconsultes du IIe siècle jugèrent utile de limiter le pouvoir discrétionnaire dont jouissaient les magistrats, en précisant le mode et les conditions d'application du principe de l'autorité de la chose jugée.

1° Le mode d'application n'est autre que l'exception *rei judicatæ vel in judicium deductæ* (2). Cette exception a désormais une double fonction : une fonction négative pour empêcher le renouvellement d'une poursuite lorsque l'action n'est pas éteinte *ipso jure;* une fonction positive pour empêcher de remettre en question ce qui a déjà été jugé entre les parties (3).

2° Trois conditions sont requises pour l'application de cette exception : une décision rendue par un juge régulièrement institué (4), l'identité de questions, l'identité de personnes. La condition d'identité de questions est laissée à l'appréciation du juge (5). Paul dit bien qu'elle implique l'identité d'objet et l'identité de cause, mais il est certain qu'on n'exige pas cumulativement ces deux conditions. L'une ou l'autre suffit en général,

(1) Cic., p. *Flac.*, 21 : *M. Gratidius legatus... actionem se daturum negavit, re judicata stari ostendit placere.* Une application de ce principe est faite par un Sc. de l'an 604-608 (*Bin Corr. hellén.*, VI, 367, l. 28-30).

(2) Tel est le nom que lui donne Gaius (III, 181 ; IV, 106, 107, 121), sans doute parce que, de son temps, on avait fondu en une exception unique deux exceptions d'abord distinctes (cf. Cogliolo, *Trattato della eccezione rei judicatæ*, p. 17; 441 ; Lenel, *E. P.*, 403). Après Gaius, il n'est plus fait allusion à la clause *vel in judicium deductæ*, soit qu'on l'ait jugée inutile, soit qu'elle ait été supprimée par les compilateurs.

(3) Cf. Keller, *Litiskontestation*, 223 ; Savigny, *Syst.*, VI, 20. Il arrive parfois que, dans un même procès, les deux fonctions soient opposées l'une à l'autre. Lorsque le renouvellement de la demande a pour but d'obtenir le respect de la chose jugée dans la première instance, il serait contraire à l'équité d'invoquer la fonction négative de la chose jugée : le demandeur la paralysera par une réplique *si secundum me judicatum non est* (Ner., ap. Ulp., D., XLIV, 2, 9, 1 ; Marc., D., XX, 5, 16, 5). Un autre procédé consiste à accorder au demandeur l'*in integrum restitutio* (Ulp., D., XLIV, 2, 2; 11 pr.).

(4) Carac., C., III, 13, 3. Peu importe que ce soit un jugement d'absolution ou de condamnation.

(5) On avait d'abord essayé de la préciser en disant qu'il fallait s'attacher à l'identité d'action : mais Julien (ap. Ulp., *h. t.*, 7, 4) fit observer que des actions différentes pouvaient impliquer une prétention identique (*eod.*, 8; 25, 1; 12, 3; 26, 1), tandis qu'une même action pouvait servir à faire valoir des prétentions différentes (Ulp., *h. t.*, 7, 2 ; Ner., 27).

suivant qu'il s'agit d'une action réelle ou d'une action personnelle : dans les premières, l'identité d'objet joue le rôle principal, l'identité de cause est indifférente à moins qu'il ne s'agisse d'une cause nouvelle d'acquisition sur laquelle le premier juge n'a pu statuer (1); dans les secondes, l'identité d'objet n'a aucune influence; ce qui est essentiel, c'est le fait juridique invoqué comme générateur de l'obligation.

La condition d'identité de personnes est une restriction très importante au principe de l'autorité de la chose jugée. Les jugements comme les contrats, n'ont d'effet qu'entre les parties (2). A l'égard des tiers, la chose jugée n'est plus, sauf quelques exceptions (3), réputée l'expression de la vérité. L'identité de personnes ne s'apprécie pas d'après l'identité physique : il faut rechercher si les personnes agissent en la même qualité. Ainsi, la chose jugée à l'égard d'une personne est réputée jugée à l'égard de son héritier, mais la chose jugée à l'égard d'un tuteur ou d'un mandataire ne lui est pas opposable lorsqu'il agit ensuite pour son compte personnel (4).

X. Voies de recours. — Sous la République, il n'y a pas de voie de recours possible en cas de mal jugé (I, 428, 5); tout au plus pouvait-on obtenir l'*in integrum restitutio* (5). Le défendeur condamné n'avait que la ressource de s'opposer à l'exécution ou de demander la révocation du jugement (6) pour cause de nullité (7). Sous l'Empire, cette faculté a été maintenue au moins jusque vers la fin de l'époque classique (8) ; il n'en est plus question sous Justinien. L'*in integrum restitutio* est également autorisée par les empereurs à titre exceptionnel (9).

(1) Paul, 70 ad Ed., *h. t.*, 12; 14 pr., 2; Ulp., 75 ad Ed., *eod.*, 11, 2.
(2) P. 755, 5; Gord., C., VII, 56, 2
(3) P. 147, 1. Cf. Ulp., 24 ad Sab., D., XXX, 50, 1 : la chose jugée à l'égard de l'héritier est opposable aux légataires.
(4) Pap., *h. t.*, 28; Ulp., *h. t.*, 11, 10.
(5) Cic., *P. Flac.*, 21 *: Si metu coactos diceret, haberet eosdem recuperatores.*
(6) La résistance à l'action *judicati* constituait l'*infitiatio;* en cas d'insuccès, elle entraînait une condamnation au double (I, 437, 2). Il semble résulter de Cicéron (*loc. cit. : Decrevit ut, si judicatum negaret in duplum iret*) que le défendeur pouvait prendre l'offensive, mais on ignore sous quelle forme. Cf. Lenel, *E. P.*, 356.
(7) Manque de précision de la sentence (Ulp., D., XLII, 1, 59, 2; 4, 6; Gord., C., VII, 46, 3); incompétence du magistrat qui a institué le juge (Pap., D., XLIX, 1, 23, 1); incapacité du juge (Paul, D., V, 1, 12, 2); absence d'un des récupérateurs (Cels., XLII, 1, 39); violation de la loi (Mod., XLIX, 1, 19).
(8) Paul, V, 5ª, 8; Alex., C., X, 9, 1.
(9) Hadr., D., XLII, 1, 33 (corruption de témoins). Ant., Ver., *eod.*, 35 (découverte de titres nouveaux s'il s'agit d'un *negotium publicum*, mais non d'un *negotium privatum* (Ner., D., XLIV, 2, 27), à moins que, la cause étant douteuse, le juge n'ait absous le défendeur après lui avoir déféré le serment (Gaius, D., XLII, 1, 31). Cf. V. Max., V, 4, 7 : *A prætore ad consilium judicum perlata.*

A ces deux voies de recours, certains auteurs joignent l'*intercessio* et l'appel. Mais l'*intercessio* n'est admise que contre les décrets des magistrats (1) : c'est en effet le droit attribué soit à un magistrat d'empêcher un acte, accompli par un collègue de rang égal ou inférieur, de produire ses conséquences légales ; soit à un tribun de s'opposer aux actes d'un magistrat quelconque, le dictateur excepté. Il n'y a pas d'exemple d'*intercessio* contre la sentence d'un juge ou des centumvirs.

Quant à l'appel, l'usage en était fréquent au temps des Sévères : c'est, dit Ulpien, une voie de réformation qui a pour but de redresser une sentence inique ou rendue par un juge peu éclairé. Bien qu'on ne puisse être certain que le second jugement sera meilleur que le premier, il a paru nécessaire d'accorder aux plaideurs au moins la chance d'être mieux jugés (2). Mais l'appel suppose l'existence d'une hiérarchie de magistrats, la subordination du juge de première instance au juge d'appel. Cette subordination existe lorsque l'empereur délègue sa *jurisdictio* soit d'une manière permanente (3), soit pour une affaire déterminée (4). Le délégué impérial est investi d'une fonction ; il dit le droit, comme l'empereur, *extra ordinem* (5). Ses décisions sont susceptibles d'appel devant son supérieur hiérarchique ou devant l'empereur (6). Bien différente est la situation du *judex privatus* institué par le Préteur sur la demande des parties : aussi est-il fort douteux qu'on ait admis l'appel contre les sentences par lui rendues. Il est vraisemblable que l'institution de l'appel n'a reçu d'application que dans la procédure extraordinaire (7).

L'appel doit être formé dans les deux ou trois jours qui suivent le prononcé du jugement ; délai bien bref si l'on songe que

(1) Appel aux tribuns pour modifier la rédaction d'une formule, pour obtenir l'insertion d'une exception, pour se soustraire à la satisdation *judicatum solvi* (Cic., p. *Tull.*, 38 ; *Acad.*, II, 20 ; *p. Quint.*, 7). Appel contre l'*addictio* d'un débiteur (Liv., VI, 27), contre un décret accordant la *bonorum possessio secundum tabulas* (V. Max., VII, 7, 6). Cf. notre article Intercessio (*Dict. des Antiq.*, V, 549).

(2) Ulp., 1 de appell., D., XLIX, 1, 1 pr.

(3) Délégations générales aux *vice sacra judicantes*, aux préfets du prétoire ou de la ville, aux gouverneurs des provinces impériales; aux commissaires extraordinaires envoyés dans certaines provinces (*judex ex delegatu cognitionum Cæsarianarum*, *vice sacra cognoscentes*). — Délégations spéciales aux consuls, pour les fidéicommis ; au préfet de la ville, pour les contestations entre les banquiers et leurs clients, etc.

(4) Ce délégué, à la différence du *judex privatus*, peut se substituer un tiers pour connaître de l'affaire (Gord., C., III, 1, 5).

(5) Pomp., D., I, 2, 2, 33 ; Ulp., D., I, 16, 7, 2.

(6) Par exception, les décisions du préfet du prétoire étaient sans appel. Sur un [*ju*]*dex Romæ sine* [*provocatione*], cf. Cuq, *Conseil des Empereurs*, 340, 2.

(7) Cf. Merkel, *Zur Geschichte der klassischen Appellation*, 1883, p. 18 ; Mommsen, I, 265 ; Jhering, II, 80.

l'appelant qui succombe encourt une peine pécuniaire égale au tiers de la valeur du litige (1). Comme en droit moderne, l'appel est suspensif (2).

XI. Exécution du jugement. — Sous le régime de la procédure formulaire, le jugement de condamnation n'est pas exécutoire par la force publique : il donne seulement naissance à une obligation (3) sanctionnée par l'action *judicati*. Cette obligation se forme quelle que soit la nature, réelle ou personnelle, de l'action exercée ; elle est toujours contractuelle, même si la condamnation est motivée par un délit ; elle est parfois garantie par des cautions (*judicatum solvi*). L'obligation *judicati* n'est pas immédiatement exigible : les Douze Tables et l'édit du Préteur accordent au *judicatus* un délai de trente jours pour se procurer l'argent (4). Le payement ne peut être valablement fait que *per æs et libram,* sans doute par un souvenir de l'époque où le jugement donnait lieu à la *manus injectio judicati* (5).

A défaut de payement, le *judicatus* est passible de l'action *judicati* qui entraîne une condamnation au double (6). Cette action, qui paraît avoir été établie par le Préteur et dont la formule rappelait peut-être par une fiction la *manus injectio judicati,* confère à celui qui a obtenu jugement le droit de procéder à l'exécution sur la personne et sur les biens.

§ 1er. *Exécution sur la personne. Bénéfice de cession de biens.* — Le débiteur est conduit devant le magistrat, puis attribué au demandeur, qui est autorisé à l'emmener, ou à l'enfermer dans une prison privée (7) jusqu'à ce qu'il ait payé ou désintéressé son créancier par le produit de son travail. C'est la servitude pour dettes qui subsiste au temps des Antonins. Malgré l'adou-

(1) Ulp., 1 *De appell.*, D., XLIX, 4, 1, 5 et 15; Paul, V, 33, 1-3 et 8.

(2) Ulp., 4 *De appell.*, D., XLIX, 7, 1 pr., 1. Code procéd., 457.

(3) Gaius, III, 180; Cels., ap. Ulp., D., XLVI, 2, 8, 3 ; Ulp., D., XLII, 1, 4, 7. Cette obligation se substitue à celle qui résulte de la *litis contestatio* si le *judicium* est *legitimum*, l'action personnelle et *in jus;* sinon elle coexiste avec le droit déduit en justice, mais elle est seule efficace, car le droit du demandeur est paralysé par une exception (Gaius, IV, 107).

(4) T. Ier, 425, 1. Gaius, III, 78. Cf. Paul, D., XLVI, 7, 1 ; Ulp., D., XLII, 1, 2 ; Mod., *eod.*, 29; Gaius, 7. Le *judicati tempus* peut être, suivant les cas, réduit ou prorogé par le magistrat (Ulp., *l. c.*), mais non par le juge (Ulp., 4, 5). Cf. Marcel., D., XLIV, 3, 2 ; Ulp., D., II, 12, 2.

(5) Gaius, III, 173. Cf. Lenel, *E. P.*, 355.

(6) Gaius, IV, 9; Ulp., 66 ad Ed., D., XLII, 1, 6, 3. En certains cas, l'action est au simple lorsque le doute porte, non sur l'existence du jugement, mais sur la capacité du demandeur qui, par exemple, n'a pas qualité pour agir comme *procurator.* Il n'y a pas ici *infitiatio litis* (Ulp., D., XLIV, 1, 2, 4). Cf. Wenger, *Actio judicati*, 1901, p. 21.

(7) Cic., *p. Flac.*, 20; loi Rubria, c. 21 ; Sen., *De ben.*, III, 8. Le prisonnier est, à certains égards, assimilé à un esclave (Gaius, III, 199).

cissement des mœurs, la loi n'a pas encore osé la proscrire ; elle s'est contentée d'accorder aux débiteurs la faculté de s'y soustraire par la *cession de biens* (1). De son côté, le Préteur a pris des mesures dans l'intérêt du prisonnier qui conserve la qualité d'homme libre (2).

§ 2. *Exécution sur les biens.* — L'exécution sur la personne est restée usitée pendant toute la période classique (3). Mais elle était impossible soit vis-à-vis du débiteur qui avait fait cession de biens, soit à l'égard du *judicatus* absent ou qui se cache. Dans ces deux cas et dans tous ceux où le créancier renonçait à l'exécution sur la personne, on avait recours à l'exécution sur les biens. Celle-ci a conservé un caractère exceptionnel : elle est du ressort de l'*imperium* et non de la *jurisdictio :* elle ne peut donc être ordonnée par les magistrats municipaux. L'exécution sur les biens fut introduite par le préteur Rutilius pour combler une lacune du droit civil. Au VII[e] siècle, alors que Rome avait étendu son empire bien en dehors des limites de la ville, il était facile au débiteur d'éviter, par la fuite ou en se cachant, l'exécution sur la personne qui exigeait sa comparution devant le magistrat : pour que le créancier ne fût pas désarmé, l'Édit l'autorisa à faire saisir et vendre en bloc les biens du *judicatus* (4). La *bonorum venditio* ne fut d'ailleurs que l'extension au profit des particuliers d'une mesure déjà admise au profit de l'Etat, la *bonorum sectio*. Elle fut ensuite étendue au cas de l'*indefensus* et de l'*in jure confessus*, du débiteur qui a fait cession de biens, et de celui qui s'est donné en adrogation, lorsque l'adrogeant ne veut pas défendre à l'action des créanciers (5). On l'appliqua également

(1) P. 56, 8. Carac., C., VII, 71, 1. La loi Julia *de bonis cedendis* n'est peut-être qu'un chapitre de la loi Julia *judiciaria* de César ou plutôt d'Auguste. Elle fut appliquée d'abord devant les tribunaux romains, puis étendue aux tribunaux provinciaux (Diocl., *eod.*, 4 pr.). La cession de biens enlève au débiteur l'exercice de ses droits (Ulp., D., IV, 8, 17 pr.) : elle ne confère pas la propriété aux créanciers qui doivent faire vendre les biens pour se payer sur le prix ; mais cette *bonorum venditio* n'entraîne pas l'infamie (Alex., C., II, 11, 11).

(2) Obligation de pourvoir à la nourriture et à l'entretien du prisonnier (Ulp., D., L, 16, 43 et 45 ; Gaius, *eod.*, 44 ; D., XLVIII, 15, 4), sanctionnée par une action pénale utile ou une action d'injures (Lic. Ruf., D., XLII, 1, 34).

(3) Les classiques ont commenté les clauses de l'Édit *qui, nisi sequantur, ducantur* et *qui neque sequantur neque ducantur*. Cf. Lenel, *E. P.*, 325, 331. On doit rapprocher des dispositions du droit romain celles qui figurent dans un édit du préfet d'Egypte, Tib. Julius Alexander, de l'an 68 (*C. I. Gr.*, III, 4957).

(4) Si la procédure est nouvelle, l'idée de considérer les biens d'un débiteur comme affectés au gage de ses créanciers est ancienne (I, 188, 4). Elle s'est accentuée lorsque la loi Pœtelia Papiria eut retiré aux créanciers le droit de vendre comme esclave le débiteur *addictus* et leur permit seulement d'exiger ses services, si ses biens étaient insuffisants pour les désintéresser (I, 589).

(5) Gaius, IV, 35 ; III, 78.

au cas où le débiteur est mort sans laisser d'héritier ou autre successeur universel tenu des dettes.

La *bonorum venditio* doit être précédée d'un envoi en possession de tous les biens du débiteur (p. 723). Cette *missio in bona* a lieu sur la requête d'un des créanciers : elle profite à tous, même à ceux qui ne l'ont pas demandée (1). Elle leur confère la garde et l'administration des biens pendant une durée de trente ou de quinze jours, suivant que le débiteur est vivant ou mort (2). Pendant ce temps, les créanciers doivent faire apposer des affiches dans les lieux les plus fréquentés (*proscriptio bonorum*) pour rendre public le dessaisissement du débiteur, avertir les créanciers non prévenus, attirer des acheteurs (3). A l'expiration du délai le débiteur encourt l'infamie et ne peut plus défendre à une action sans fournir caution (4); les créanciers sont convoqués par le magistrat pour choisir parmi eux un *magister* ou syndic chargé de procéder à la vente (p. 433, 6), dans les dix jours ou cinq jours subséquents. Les biens sont adjugés au plus offrant (5). Si plusieurs personnes font des offres égales, on préfère celle qui a la qualité de créancier, et à défaut de créancier, un cognat du débiteur, s'il y en a (6).

Le prix de la vente est réparti entre les créanciers par le syndic dans l'ordre suivant : 1° les créanciers *hypothécaires*, suivant le rang de leur hypothèque et s'ils ont donné au syndic mandat de vendre; sinon, ils conservent leurs droits contre l'acheteur et contre les tiers détenteurs de la chose hypothéquée; 2° les créanciers *privilégiés* (7). Le privilège est une faveur

(1) Lab., ap. Paul, 59 ad Ed., D., XLII, 5, 12 pr.

(2) Gaius, III, 79. On accorde au débiteur vivant un délai plus long pour lui donner une chance de plus d'éviter les conséquences de la *b. v.* Il y a des cas où la vente n'est pas immédiatement autorisée : lorsque l'*indefensus* est un pupille ou un absent pour le service de l'État (Ulp., D., XLII, 4, 5, 2; Paul, *eod.*, 6, 2). Dans ces deux cas, le Préteur nomme un curateur aux biens. Il en était de même sans doute lorsque les créanciers avaient intérêt à surseoir à la vente. Il ne faut pas confondre ce curateur aux biens mentionné dans la loi agraire de 643 avec le curateur *bonis distrahendis* qui apparaît au IIe siècle (p. 162) et dont l'usage s'est généralisé au Bas-Empire après la disparition de la *b. v.* : notre curateur ne peut vendre que les choses susceptibles de se détériorer (p. 162, 1); il est comme une sorte de représentant chargé d'exercer les actions du débiteur ou de défendre aux poursuites dirigées contre lui : *eisque actiones et in eos utiles competunt* (Ulp., D., XLII, 7, 2, 1).

(3) Cic., *p. P. Quint.*, 15. La publicité s'appliquait aussi sans doute au cahier des charges (*lex bonorum vendendorum*) rédigé par le *magister* (Theoph., III, 12 pr.).

(4) Loi Julia *municip.*, l. 116-117; Gaius, IV, 102.

(5) Ordinairement à celui qui offre de payer aux créanciers le plus fort dividende (Theoph., *l. c.*). Divers textes supposent que la *b. v.* est faite pour un prix supérieur au montant des créances (Paul, D., XLII, 5, 6 pr.; Ulp., D., XLII, 4, 7, 11).

(6) Gaius, 24 ad Ed. prov., D., XLII, 5, 16.

(7) La plupart des privilèges paraissent établis par l'Édit; les autres ont été con-

accordée par la loi (1) à certains créanciers (2) : c'est le droit d'être payé sur le prix de la vente des biens du débiteur par préférence aux créanciers chirographaires. En général, ce droit est attaché à la créance; il peut être invoqué par le créancier et ses héritiers; parfois, cependant, il est personnel au créancier : il tient uniquement à la qualité sans égard à la cause de la créance (3); 3° les créanciers *chirographaires*. On donne ce nom aux créanciers dont le droit est, suivant l'usage, constaté par un écrit signé par le débiteur, et plus généralement à tous ceux qui ne peuvent invoquer un droit de préférence (4). Les créanciers chirographaires ne reçoivent le plus souvent qu'une partie de ce qui leur est dû, un dividende proportionnel au montant de leur créance et au produit de la vente. Ils ont le droit de l'exiger du syndic (5), mais non du *bonorum emptor* qui n'a pas traité avec eux (6). Pour le surplus, ils conservent leur recours contre leur débiteur s'il revient à meilleure fortune.

La *bonorum venditio* fait de l'acquéreur un successeur à titre universel du débiteur. Le *bonorum emptor* est assimilé à un héritier prétorien (*bonorum possessor*); comme lui, il n'a que l'*in*

sacrés par l'usage (Ulp., D., XLII, 5, 24, 2) ou par les constitutions (M.-Aur., *eod.*, 24, 1).

(1) La date de la créance n'a en général aucune importance en matière de privilège : la préférence se détermine d'après le degré de faveur accordé à chaque espèce de créance (Paul, *eod.*, 32, 5 : *Privilegia non ex tempore æstimantur, sed ex causa; et si plures ejusdem tituli fuerunt, concurrent licet diversitates temporis in his fuerunt*).

(2) Créance des frais funéraires (*id.*, 17, pr.); de la femme en restitution de sa dot (p. 102, 2); des personnes en tutelle ou en curatelle contre leur tuteur ou curateur (p. 159, 3; Paul, D., XXVII, 10, 15, 1); du capitaliste qui a prêté de l'argent pour reconstruire un édifice (D., XLII, 5, 24, 1), ou pour construire, armer ou acheter un navire (Paul, *eod.*, 26); qui a fait un dépôt irrégulier chez un banquier (p. 396, I). Le créancier dont l'argent a profité à un créancier privilégié est subrogé à son privilège (Ulp., *eod.*, 24, 3); du fisc (Ulp., D., XLIX, 14, 6); de certaines cités (p. 64, 4; Plin., *Ep.* X, 109-110).

(3) La distinction des *privilegia personæ* ou *causæ* n'a trait qu'à la transmissibilité aux héritiers (Mod., 8 Reg., D., L, 17, 196). Quant aux ayants cause à titre particulier, voir p. 543, 4. Sont personnels les privilèges de la femme, des personnes en tutelle ou curatelle, du fisc.

(4) P. 380. Paul, D., XLII, 5, 38, 1.

(5) Ce droit est sanctionné par l'action *mandati* s'ils ont pris part à la nomination du syndic (p. 433, 6), sinon par l'action de gestion d'affaires, si le syndic connaissant leur droit a agi dans leur intérêt. Les créanciers inconnus qui se présentent après la répartition ont une action *in factum* contre les créanciers qui, grâce à leur absence, ont reçu un trop fort dividende (Paul, D., XVII, 1, 22, 10; cf. Jul., D., XLII, 7, 5).

(6) Il en serait autrement si la vente avait eu lieu à la requête d'un créancier agissant contre un *indefensus*. La nomination d'un syndic n'a pas ici de raison d'être; le créancier non payé exercera une action utile (Gaius, III, 81) contre le *bonorum emptor* qui pourra contester la créance comme le débiteur l'aurait fait lui-même.

bonis, mais il acquiert la propriété quiritaire par usucapion (1). De même, il n'acquiert pas de plein droit les créances et n'est pas tenu directement des dettes. Il a un interdit (*possessorium*) pour se faire mettre en possession des choses corporelles ; il exerce les actions du débiteur soit par une formule à transposition de personnes, la formule Rutilienne, soit par une action fictice, l'action Servienne, dans laquelle on le traite comme un héritier (2). Mais entre le *bonorum emptor* et le *bonorum possessor*, il y a une différence; le premier ne représente le débiteur que jusqu'à concurrence de la somme qu'il a promise à la masse des créanciers; pour l'excédent, le débiteur n'est pas libéré; il peut être poursuivi en raison de ses engagements antérieurs à la vente; on lui accorde seulement pendant un an le bénéfice de compétence, à moins qu'il n'ait été de mauvaise foi (3).

(1) Gaius, III, 80, 81. Il en était autrement du *bonorum sector* qui acquérait directement la propriété quiritaire (p. 222, 2); mais c'est une question discutée que de savoir s'il était de plein droit tenu des dettes. Dans un cas spécial, celui d'une vente *ex lege prædiatoria*, le débiteur de l'État conservait le droit de recouvrer par usucapion la propriété des choses dont il gardait ou reprenait la possession. Cette usucapion, qui avait lieu sans juste titre ni bonne foi, s'opérait par deux ans pour les immeubles, un an sans doute pour les meubles : c'est l'*usureceptio ex prædiatura* (Gaius, II, 61). — La *lex prædiatoria* n'est pas une loi, mais le cahier des charges de la vente des biens d'une personne qui s'est portée caution (*præs*) d'une créance de l'État. La vente *ex lege prædiatoria* était parfois suivie d'une vente *in vacuum* (loi de Malaca, 64), lorsque la première ne donnait pas de résultat. On ignore la portée exacte de la distinction de ces deux sortes de vente, mais la seconde était la moins favorable au débiteur (Suet., *Claud.*, 9). Cf. Jourdan, *Hypothèque*, 60; Karlowa, II, 16; 58.

(2) Gaius, IV, 35. Suivant l'opinion commune, l'action Servienne se donne à l'acheteur des biens d'un mort, l'action Rutilienne dans le cas contraire. Le doute vient de ce que l'action fictice est habituellement présentée comme un progrès par rapport à la formule à transposition de personnes (p. 736, 2).

(3) P. 491, 6. Venul., 6 Int., D., XLII, 8, 25, 7 : *Prætor non tantum emolumentum actionis intueri videtur in eo qui exutus est bonis quam pœnam.*

TROISIÈME PARTIE

LE DROIT DU BAS-EMPIRE

Le droit du Bas-Empire a été de tout temps considéré comme une partie intégrante du droit romain, bien qu'il ne reflète ni les idées ni les mœurs de Rome et de l'Italie. Par opposition au droit des barbares, le droit observé dans l'empire a été désigné par les contemporains sous le nom de *jus Romanum* ou de *leges Romanæ* (1). On l'a considéré comme le développement et la résultante de la législation des Romains, de même qu'on a fait de l'empire d'Orient la continuation de l'empire romain. A vrai dire le droit de cette époque s'est développé ou modifié sous des influences diverses mais toutes étrangères à Rome et à l'Italie, suivant que le gouvernement appartenait à des princes de civilisation grecque ou orientale, ou à des barbares.

D'une part Rome a perdu sa prééminence, elle n'est plus le siège du gouvernement ; l'Italie a été assimilée aux provinces depuis que Maximien l'a assujettie au payement de l'impôt foncier. D'autre part, au cours du IIIe siècle, le droit Romain a été envahi par des éléments provinciaux qui, au lieu de se fondre avec les éléments purement romains, comme au début de la période classique, coexistent avec eux et forment un ensemble hétérogène. Ce contraste s'accentue au Bas-Empire. Le droit se compose de règles disparates, les unes modernes, les autres appartenant à un état de civilisation différent de celui des maîtres actuels de l'empire. Les magistrats qui ont mission de les appliquer, n'étant plus imbus de l'esprit et des traditions des Romains, n'en comprennent guère la signification et en font l'usage le plus inattendu. Un double courant ne tarde pas à se former : l'un favorable à l'élément général que la science des jurisconsultes classiques avait réussi à introduire dans la législation, l'autre

(1) C. Greg., V, 2, 1 ; C. Th., XVI, 5, 7 ; C. J., V, 23, 1 ; Nov., 7 ; 154, 1.

tendant à éliminer tout ce qu'elle avait conservé de strictement national. Le résultat fut identique : le droit romain fit place à un droit nouveau plus large à certains égards par l'esprit qui l'anime, mais dont les règles n'ont plus ni le caractère mesuré ni la belle ordonnance du droit classique (1). Il n'est pas rare de trouver sur une même matière des dispositions qui s'entre-croisent et se contredisent (2). Il n'y a plus d'esprit de suite, et la législation subit le contre-coup des influences qui prédominent dans le consistoire impérial : tantôt il s'engage dans des voies nouvelles, tantôt il revient aux errements du passé. La division de l'empire accentue les divergences et les contradictions : les lois faites pour l'Orient sont parfois acceptées en Occident ; elles n'y sont pas de plein droit applicables (3). Chaque prince se réserve le droit d'apprécier ce qui convient le mieux aux intérêts de son empire (4).

Notre tâche va consister, non pas à reconstituer un corps de doctrines logiquement coordonnées, mais à rechercher les idées nouvelles introduites dans la législation, les modifications apportées aux règles anciennes, à constater la décadence de bon nombre d'institutions qui ont fini par perdre leur valeur comme des pièces de monnaie usées par le frottement et dont l'empreinte n'est plus reconnaissable.

(1) Le défaut de mesure a conduit à l'intolérance en matière religieuse, mais ici le défaut a été parfois atténué par un fait signalé par M. G. Boissier (*la Fin du paganisme*, 1891, II, 407) : les princes chrétiens, les plus zélés pour leur foi, n'hésitent pas à élever des païens aux premières dignités de l'Empire, quand ils sont contents de leurs services. Ces magistrats devaient mettre peu d'empressement à appliquer les édits contre le paganisme.

(2) Un exemple bien connu de la confusion qui règne dans la législation du Bas-Empire est fourni par C. Th., IV, 11 (p. 776, 3). L'histoire du régime dotal offre aussi un exemple des fluctuations de la législation inspirée tantôt par le droit grec, tantôt par les idées chrétiennes.

(3) Voir le rescrit d'Honorius au préfet d'Italie Theodorus (C. Th., XII, 1, 158). Les juifs d'Apulie et de Calabre invoquaient une loi rendue en Orient pour se dispenser du décurionat ; Honorius décide que cette loi est sans valeur : *eadem, si qua est, lege cessante quæ constat meis partibus esse damnosam.*

(4) Il est donc très important d'observer pour quelle région la loi est faite. On peut souvent la déterminer à l'aide de l'*inscriptio* ou de la *subscriptio* de la loi. Un grand nombre de lois sont adressées à des fonctionnaires impériaux, surtout aux préfets du prétoire régionaux d'Orient, d'Illyrie, d'Italie, des Gaules, et, sous Justinien, d'Afrique. Il est aujourd'hui facile de retrouver dans quelle partie de l'empire ils exercèrent leurs fonctions à l'aide des listes des préfets du prétoire que nous avons dressées d'après les notes de Borghesi (*OEuvres*, t. X, p. 185 et suiv.).

LIVRE PREMIER

FORMATION DU DROIT.

CHAPITRE PREMIER

L'état politique, social et économique du Bas-Empire.

I. Monarchie absolue. — Aux premiers siècles de notre ère, le pouvoir de l'empereur était contenu, en théorie sinon en pratique, dans certaines limites : les comices, les magistratures publiques, le sénat conservaient une autorité parfois plus nominale qu'effective. Ces vestiges des institutions républicaines disparurent les uns après les autres : les comices législatifs cessent d'être convoqués vers la fin du Ier siècle (p. 20) ; les magistrats sont nommés par le sénat, en partie sur la recommandation de l'empereur (1). Quant au sénat, son pouvoir a subi des fluctuations : tantôt il est comprimé par des empereurs comme Sévère et Caracalla, tantôt il devient effectif sous Alexandre Sévère, et dans la période troublée qui s'étend jusque vers la fin du IIIe siècle. La réorganisation de l'empire par Dioclétien et par Constantin, le transfert du siège du gouvernement à Milan et à Byzance ont consommé la ruine du sénat comme corps politique : il descend au rang de conseil municipal (2). Mais les sénateurs regagnent individuellement la considération et l'autorité qu'ils perdent comme membres du conseil suprême; les plus importantes charges de l'Etat leur sont réservées ; ceux-là mêmes qui ne parviennent pas aux plus hautes dignités forment une aristocratie supérieure à celle des *curiales* (3) et jouissant de nombreux privilèges. L'ordre sénatorial comprend, en effet, non seulement ceux qui siègent au sénat, mais aussi, en bien plus grand nombre, ceux qui sont dispensés de la résidence à

(1) Cf. Mommsen, trad., V, 212.
(2) Sous la présidence du préfet de la ville. Cf. Symmach, X, 43.
(3) Les membres des curies municipales aspirent à entrer au sénat pour échapper à la responsabilité du recouvrement des impôts. (C. Th., XII, 1, 57; 74, 1; 130; 160).

Rome ou à Constantinople, les sénateurs qui habitent les provinces où ils sont généralement grands propriétaires fonciers (1); ce sont pour la plupart d'anciens fonctionnaires qui n'ont pas obtenu le rang d'illustres (2).

La transformation du sénat en une réunion de grands fonctionnaires impériaux fit disparaître le dernier obstacle à l'omnipotence des empereurs. Cette omnipotence se manifeste dans le cérémonial dont ils s'entourent; ils ne se montrent à leurs sujets qu'en grand apparat ; il n'y a pas là seulement une question de forme ; c'est une conception nouvelle de l'empire qui se fait jour, celle de la monarchie absolue ou de droit divin, familière aux populations de l'Orient (3).

II. Division de l'empire. — Cette division, d'abord purement administrative sous Dioclétien et Maximien (4) et leurs successeurs (286-395), devint effective à la mort de Théodose Ier; elle aboutit à la constitution de deux empires distincts, l'empire d'Occident et l'empire d'Orient. Entre eux cependant il subsista un lien : on conserva pour la promulgation des lois l'usage de les rendre en nom collectif, bien qu'elles fussent l'œuvre de l'un ou de l'autre empereur. La décision prise par l'un d'eux était communiquée à l'autre, et ne devenait obligatoire dans l'empire de celui-ci qu'après y avoir été régulièrement publiée (5). Mais l'unité de législation ne fut assurée que pour un temps : après la chute de l'empire d'Occident, en 476, les barbares, Visigoths, Francs ou Vandales, entrant en contact avec une population d'une civilisation supérieure, respectèrent ses traditions juridiques ; on vit même des rois Goths ou Burgondes faire rédiger des recueils de lois romaines. Le droit classique se conserva en Occident sans trop d'altération ; en Orient, au contraire, bien que divers empereurs comme Théodose II et Justinien, aient cherché à le faire revivre, le droit se transforma sous l'influence de la civilisation hellénique (6).

(1) Dio Cass., LXXII, 16; Paul, I, 1a, 8; Valens, C., III, 24, 2; Theod., C., XII, 1, 14; Valent., C., XII, 2, 1.

(2) Cf. Hirschfeld, *Die Rangtitel der röm. Kaiserzeit*, 1901, p. 20.

(3) Edouard Cuq, *Conseil des Empereurs*, 481, 1.

(4) Cf., sur cette division et sur l'établissement de la tétrarchie en 293, Edouard Cuq, *Conseil des Empereurs*, p. 463. L'unité de l'empire fut momentanément rétablie sous Constantin, de 323 à 337. La division reparaît sous ses successeurs et fut consacrée par la création des quatre préfectures du prétoire régionales : Orient, Illyrie, Italie, Gaules. Depuis 534, l'Afrique, reconquise par Justinien sur les Vandales, forme une préfecture distincte. Cf. sur ces diverses préfectures, les notes que nous avons publiées dans le t X des *OEuvres* de Borghesi, 1897, p. 185-801.

(5) Cf. Edouard Cuq, *Conseil des Empereurs*, p. 466.

(6) Cf. Mitteis, *Reichsrecht*, 209; 548.

III. État social et économique. — L'état social et économique fut peu favorable au développement régulier du droit : à la « paix romaine » des premiers siècles succède une période de décomposition sociale. Elle est marquée non seulement par l'affaiblissement du sens moral chez les simples citoyens (1), la partialité ou la rapacité des magistrats (2), mais aussi par une série de faits qui se rattachent au nouveau système de gouvernement et d'administration de l'empire : ruine de l'agriculture, du commerce et de l'industrie, écrasés sous le poids des impôts ; destruction des libertés individuelles, oppression des faibles par les Puissants et par les fonctionnaires publics.

1° Le régime inauguré par Dioclétien et Constantin exigea la création d'une armée de fonctionnaires chargés d'exécuter les ordres du prince dans toute l'étendue de l'empire, l'établissement de nombreux services publics destinés à pourvoir aux besoins des citoyens. Pour subvenir aux frais d'une administration aussi compliquée, il fallut accroître l'impôt dans des proportions inusitées. Une mauvaise répartition en rendit la charge plus lourde, intolérable même pour ceux qui ne jouissaient pas de l'immunité : cultivateurs, commerçants, industriels sont, de plus en plus, hors d'état de répondre aux demandes des agents du fisc. Le commerce, rendu difficile par la rareté du numéraire, entravé par des tarifs de toute sorte, n'est plus rémunérateur ; l'industrie, qui subit la concurrence des manufactures impériales, a peine à subsister. L'insécurité des campagnes provoque la dépopulation ; les bras manquent pour la culture. Dans certaines régions, les propriétaires, ruinés par les guerres et les invasions, abandonnent leurs terres pour se soustraire au payement de l'impôt (3).

(1) On essaie de prévenir la malhonnêteté des juges, des parties, des avocats, avec l'aide de la religion : on expose les évangiles dans le prétoire, on exige le serment (cf. la formule du serment prêtée par les magistrats : Nov., 8 *ad finem*). Mais le parjure était si bien dans les mœurs que Zénon exempte de toute peine celui qui est convaincu de faux serment dans sa propre cause (C., IV, 20, 13).

(2) Les plaintes contre les magistrats sont incessantes (Nov. *Mart.*, 1 pr. ; Nov. *Just.*, 24, 3 ; 25, 4 ; 26, 3, 1 ; 69, 1, 1). Le désordre administratif est tel qu'on permet de se défendre par la force contre les déserteurs et même de les tuer dans l'intérêt public (Honor., C., III, 27, 1) ; les créanciers, qui ne peuvent se faire payer de leurs débiteurs, usent de représailles contre leurs *vicani* (Zeno, C., XI, 56, 1 ; Nov., 52, 1).

(3) Dans la région si fertile de la Campanie, d'immenses étendues de terres étaient incultes en 395 : le préfet du prétoire Dexter, l'ami de saint Jérôme, obtint d'Honorius la remise des impôts pour ses administrés (C. Th., XI, 28, 2). Bien plus souvent, le fisc ordonnait la réunion des terres stériles ou désertes avec des terres fertiles et cultivées : c'était l'*adjectio* ou ἐπιβολή. Cf. Monnier, *Etudes de droit byzantin* (*Nouv. Rev. hist.*, 1892, XVI, 125).

2° Dans toutes les classes de la société, en présence de la rapacité du fisc, on cherche à fuir sa condition : les sénateurs eux-mêmes, pour échapper aux honneurs ruineux dont ils sont revêtus, vont se cacher dans les provinces (1). Mais l'État ne permet pas qu'on le prive des ressources sur lesquelles il a compté : d'une part, il interdit aux citoyens quels qu'ils soient de changer de condition, et dès lors, c'en est fait de la liberté individuelle. D'autre part, il établit la responsabilité collective des membres de chaque cité : les *curiales* sont chargés du recouvrement de l'impôt et en répondent sur tous leurs biens.

3° L'oppression de la plèbe des villes et surtout des campagnes est un fait dont témoignent de nombreuses constitutions. L'absence de contrôle favorise les abus des fonctionnaires, depuis le préfet du prétoire jusqu'au plus modeste employé des magistrats provinciaux. Les *curiales* eux-mêmes, pour alléger leurs charges, se font les tyrans de leurs concitoyens (2). Dès le milieu du IVe siècle (3) les empereurs jugent nécessaire d'instituer un *defensor civitatis* chargé de protéger la plèbe contre les abus dont elle était victime. Le résultat ne répondit pas à leur attente : trop souvent le *defensor* mettait peu de zèle à remplir sa mission ou se faisait payer son intervention (4). La plèbe n'eut d'autre ressource que de se placer sous le patronage des Puissants (5). C'étaient pour la plupart de grands propriétaires fonciers qui, par la spoliation, la corruption ou la fraude, avaient amassé des fortunes colossales. Profitant de la faiblesse du pouvoir central, ils affirmaient leur indépendance en entretenant des bandes armées, en refusant l'impôt, en s'attribuant le droit de justice. Vainement les empereurs essayèrent-ils de protéger les faibles contre les exigences des Puissants en modifiant en leur faveur les règles ordinaires du droit (6).

IV. INFLUENCE DU CHRISTIANISME. — Une législation, faite pour un état de société aussi anormal, ne présenterait pour l'histoire générale du droit qu'un intérêt médiocre, si l'on ne retrouvait dans un grand nombre de ses dispositions l'influence du christia-

(1) CONSTANTIN, C. Th., VI, 4, 11 : *Urbis... Romæ curiam callide declinantes clarissimo præditos nomine per Achaiam, Macedoniam totumque Illyricum jussimus quæri, raro vel nunquam sedem dignitatis propriæ frequentantibus.*

(2) SALV., *De gub. Dei*, V, 4 : *Quot curiales... tot tyranni.*

(3) La première constitution est datée de 364 et adressée au préfet d'Italie, S. Petronius Probus : il y a une erreur de date ou de nom car, en 364, le préfet d'Italie était Claudius Mamertinus. Cf. Ed. CUQ, sur Borghesi, X, 541.

(4) CHÉNON, *Etude historique sur le* defensor civitatis (*N. Rev. hist.*, XIII, 321).

(5) Edouard CUQ, l'*Examinatio per Ægyptum* (Mél. d'archéol. de l'Ecole française de Rome, 1893, XIII, 21).

(6) Cf. MONNIER, *Etudes de droit byzantin*, 1900, II, 75-120.

nisme (1). Ces dispositions se distinguent nettement de celles de l'époque antérieure : le droit classique a fait prévaloir l'équité dans les rapports de droit; le christianisme a introduit dans le droit les idées d'humanité et de charité. Elles ne pouvaient mieux s'appliquer que dans cette période d'anarchie et de désorganisation sociale ; elles n'ont rien perdu de leur valeur dans des États mieux organisés : chez les peuples modernes comme au Bas-Empire, la protection des faibles est l'un des premiers devoirs du législateur. Constantin en eut conscience : il eut la pensée de réformer les mœurs et le droit en s'inspirant des doctrines du christianisme (2). Ses successeurs l'ont, en général, suivi dans cette voie, malgré la réaction tentée par Julien l'Apostat (3).

Ce n'est pas à dire que la diffusion des idées chrétiennes ait amené une transformation totale et instantanée du droit : ce serait bien mal connaître l'esprit humain et la résistance qu'opposent à toute réforme sérieuse la force des habitudes ainsi que les intérêts qui peuvent être lésés (4). L'élément chrétien n'était pas encore assez fort pour renouveler entièrement le droit (5) : il a pénétré surtout dans les règles sur la condition

(1) On a contesté l'influence du christianisme en alléguant le maintien de l'esclavage : mais il ne faut pas oublier qu'au Bas-Empire la condition des hommes libres n'était guère meilleure que celle des esclaves ; la grande masse de la population était en servitude de fait ou de droit. L'action du christianisme a consisté à améliorer dans la mesure du possible la situation des faibles et des opprimés, quelle que fût leur condition juridique.

(2) Dans son panégyrique prononcé en 321, Nazarius caractérise les débuts de l'œuvre législative de Constantin (c. 38) : *Novæ leges regendis moribus et frangendis vitiis constitutæ. Veterum calumniosæ ambages recisæ captandæ simplicitatis laqueos perdiderunt. Pudor tutus. Munita conjugia.*

(3) C. Th., IV, 11, fournit un exemple des changements de législation dus, soit à Julien, soit à l'influence de certains conseillers impériaux hostiles au christianisme. Constantin supprime la triple sommation exigée pour l'application du Sc. Claudien (p. 71, 2) : la femme libre, qui, *suæ immemor honestatis*, vit avec l'esclave d'autrui, perd de plein droit la liberté : exception est faite pour le cas où l'esclave serait un *actor* ou un *procurator*. Julien abolit cette distinction et rétablit le droit ancien. Quatre ans après, Valens remet en vigueur la règle posée par Constantin. En 398, Arcadius exige de nouveau la triple sommation ; mais il est à remarquer que cette loi est adressée au préfet d'Illyrie, Anatolius, ami de Libanius, et qu'Eutrope, le principal conseiller de l'empereur, n'était pas, suivant S. Jean Chrysostome, favorable à l'Eglise (Tillemont, *Hist. des Empereurs*, V, 234, 448 ; Cuq, sur Borghesi, X, 462).

(4) M. Lefebvre (*Leçons d'introduction générale à l'histoire du droit matrimonial français*, 1900, p. 178) attribue l'action restreinte du christianisme sur le droit matrimonial et sur l'esclavage à la difficulté de démolir ou de transformer sur un plan nouveau les constructions juridiques si solides et si bien établies du droit classique. Mais l'organisation de la famille romaine remonte à des coutumes antérieures à la fondation de la cité : le droit classique, loin de les soutenir et de les défendre, les a battues en brèche (p. 77) sans y réussir complètement. Le christianisme n'a pu qu'accentuer l'évolution déjà commencée.

(5) Sur le maintien du divorce et de l'esclavage, cf. de Broglie, *l'Église et l'empire romain au* IVe *siècle*, VI, 490, 495.

des personnes, sur la famille et les successions. En ces matières, le droit du Bas-Empire a servi à plusieurs égards de modèle au droit moderne, comme le droit classique pour l'organisation de la propriété et la théorie des obligations.

CHAPITRE II

Le droit et la jurisprudence.

1. Le droit. — Le droit appliqué au Bas-Empire a une double origine. Il se compose : 1° de règles antérieurement admises (*jus vetus*) ; 2° de lois nouvelles édictées par les empereurs (*leges*).

§ 1er. *Jus vetus.* — Le *jus vetus* comprend : 1° les décisions contenues dans les écrits de Papinien, Paul, Ulpien et Modestin. Mais pour prévenir les difficultés résultant des opinions divergentes de ces jurisconsultes, Constantin proscrivit les notes de Paul et d'Ulpien sur Papinien. Pour une raison analogue, il consacra expressément l'autorité des Sentences de Paul, qui avaient le double avantage d'être rédigées sous une forme succincte et de ne contenir que le *jus receptum* à l'exclusion du *jus controversum*. Un siècle plus tard, en 426, Valentinien III, s'inspirant de la même pensée, joint aux écrits des quatre *juris auctores* ceux de Gaius, très appréciés pour leur concision et leur clarté ; il donne également force de loi aux décisions des jurisconsultes cités par les précédents, spécialement aux décisions de Scævola, Sabinus, Julien et Marcellus. Mais comme les chances de controverses augmentaient avec le nombre des auteurs dont les écrits avaient force de loi, il décida qu'en cas de désaccord, le juge devrait suivre l'opinion de la majorité ; en cas de partage, l'avis de Papinien doit prévaloir. Telle est la *loi des citations* qui a subsisté jusqu'à Justinien (1).

2° Les constitutions des empereurs antérieurs à Constantin (2). Un grand nombre de ces constitutions qui tranchent des

(1) C. Th., I, 4, 1-3.

(2) Les autres modes de formation du droit ont disparu ou n'ont plus qu'une importance secondaire. Les *comices* ne sont plus convoqués depuis Trajan (p. 20) ; les *sénatusconsultes* sont de simples avis que l'empereur peut demander, mais dont il a le droit de ne pas tenir compte. Les *réponses des prudents* ne paraissent pas avoir survécu à Dioclétien : un de ses contemporains, Innocentius, reçut le *jus respondendi* (Euseb., *Vita Chrysantii*) ; après lui, on n'en trouve plus la trace. L'empereur seul a qualité pour interpréter la loi (C. Th., I, 2, 3 ; C. J., I, 14, 12, 3). Les *édits* des magistrats sur le droit privé émanent exclusivement des préfets du prétoire et sont

controverses et fixent l'interprétation de la loi, avaient été réunies sous Dioclétien dans un recueil appelé, du nom de son auteur, *Code Grégorien* (1). Ce recueil, composé sur le plan des *Digesta* (p. 60, 3), mais avec des divisions plus nombreuses, fut plus tard complété par le *Code Hermogénien* (2).

§ 2. *Leges.* — Les lois nouvelles (*leges novæ* ou *novellæ*) émanent de la volonté de l'empereur (3) ; c'est la conséquence du régime de la monarchie absolue. Les restrictions au pouvoir législatif de l'empereur (p. 30) ont disparu : en toute matière,

applicables dans la région soumise à leur autorité (Recueil des édits des préfets d'Orient dans Zachariæ, Ἀνέκδοτα, 266; Edouard Cuq, sur Borghesi, X, 367-425. Cf. les *Variæ* de Cassiodore, lib. xi-xii). Il y a quelques exemples d'édits rendus en nom collectif par plusieurs préfets (Ed. Cuq, *op. cit.*, 360, 1). La *coutume* est encore présentée comme une source du droit (Inst., I, 2, 9); mais il n'y a pas assez de cohésion entre les peuples qui composent l'empire pour qu'elle soit vraiment féconde et crée des institutions ou des règles générales. L'effet de la coutume est plutôt négatif : il consiste à consacrer l'abandon de règles ou d'institutions qui avaient leur fondement dans des rapports ou dans des usages particuliers aux Romains; mais Constantin (C., VIII, 52, 2) refuse à la coutume le pouvoir de *rationem vincere aut legem.* Sur la coutume considérée comme source du droit, voir les observations de Pernice, *Z. Sav. St.*, XX, 156; XXII, 59; Gény, *Méthode*, 276.

(1) Ce code, dont il ne reste que quelques fragments (édition Hænel, 1842), fut rédigé sous Dioclétien : l'auteur l'appelle *dominus noster.* La constitution la plus récente est de 295, la plus ancienne de 196, mais on s'accorde à dire qu'il devait y en avoir depuis Hadrien. Le code de Justinien contient en effet des const. d'Hadrien et de ses successeurs, et Justinien déclare qu'il les a empruntées aux codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien. Or, le second de ces codes n'est que le supplément du premier, et le troisième ne renferme pas de décision antérieure à Constantin. Mommsen (*Z. Sav. St.*, XXII, 139) a conjecturé que Gregorius fut professeur à l'école de Béryte : la moitié des rescrits contenus dans son code concernent la province de Syrie-Phénicie, où Béryte était située ; il est tout naturel que l'auteur ait donné la préférence aux documents qu'il pouvait se procurer sur place. Il a sans doute emprunté les autres aux recueils des décisions des empereurs antérieurs à Dioclétien : ces recueils, dont la création fut le complément nécessaire de la réorganisation du conseil du prince par Hadrien, apparaissent précisément sous le règne de cet empereur. Cette opinion, que nous avons émise dans notre *Conseil des Empereurs*, 422, a été adoptée par Pernice (*Ulpian als Schriftsteller*, 456) et par Mommsen (*Z. Sav. St.*, XII, 252).

(2) Ce code, dont l'auteur est peut-être le même que celui du *juris epitome*, devait être moins étendu que le code Grégorien. Celui-ci comprenait au moins quatorze livres, divisés en titres; celui-là un seul livre, mais avec des titres nombreux : les Scolies du Sinaï citent la c. 120 du titre 69. La date de la rédaction du code Hermogénien est discutée : la constitution la plus récente est de 364 ou 365 ; la plus ancienne, de 291 : il a donc été composé au plus tôt en 365. Krueger (trad., 377) croit cependant qu'une première édition fut publiée entre 314 et 324, parce qu'il y a au code de Justinien trois const. attribuées à Constantin et Licinius; or, le nom de Licinius, qui a été effacé du code Théodosien, n'a pu être emprunté qu'au code Hermogénien ; ce code est donc antérieur à l'abrogation des lois de Licinius (C. Th., XV, 14, 1). L'explication est ingénieuse, mais laisse subsister la difficulté résultant de l'existence dans ce code de lois postérieures de quarante ans à sa publication : il est peu probable que le même auteur ait, à un aussi long intervalle, réédité son recueil. Cf. Karlowa, I, 943.

(3) Cette acception large du mot *jus* est confirmée par l'*interpretatio* de C. Th., III, 13, 2; C. Greg., II, 2, 1, et par *Edict. Theoderici*, 155.

la volonté du prince a force de loi (1). Ce n'est pas à dire que la loi ne soit plus le produit d'une volonté réfléchie, ni qu'elle puisse porter atteinte à des droits acquis. Les projets de lois étaient habituellement préparés par le questeur du palais et soumis au consistoire (2), puis au sénat de Rome ou de Constantinople. Lorsque la rédaction en était arrêtée par l'empereur, lecture en était donnée à l'une et à l'autre assemblée (3). D'autre part, c'est au Bas-Empire que l'on a formulé le principe de la *non rétroactivité des lois* (4). Certes, ce principe n'a pas une valeur absolue : ce n'est qu'une règle d'interprétation pour le juge. Il concerne surtout la forme des actes accomplis d'après la loi ancienne et qui conservent leur valeur malgré les changements introduits par la loi nouvelle (5). Il ne s'applique pas aux lois qui interprètent le droit antérieur, ce qui était le cas de beaucoup de rescrits sous le Haut-Empire (p. 29). Une raison d'utilité publique l'a fait écarter pour les lois fixant le taux des intérêts (6).

La plupart des constitutions de cette période ont la forme d'édits, adressés à de hauts fonctionnaires (préfets du prétoire) qui sont chargés de les publier. Elles ont une valeur indépendante des circonstances qui les ont motivées : elles doivent être observées comme lois générales alors même qu'elles auraient été rendues sur requête en forme de rescrits (7). Mais pour éviter des abus qui auraient pu se produire grâce à la connivence des employés de la chancellerie, Valentinien III exige que le rescrit ait été qualifié *lex generalis* (8), Justinien qu'il con-

(1) Nov., 105, 2, 4.

(2) Le consistoire a remplacé le *consilium principis*. Il comprend les quatre principaux personnages de la cour : le questeur du palais sacré, le maître des offices, le comte des largesses sacrées, le comte du domaine privé, puis les comtes du consistoire. Cf. Ed. Cuq, *Conseil des Empereurs*, 474, 480, 503.

(3) Symmach, *Ep.*, I, 23 ; Theod. II, C., I, 14, 8.

(4) Theod., C. Th., I, 1, 3 : *Omnia constituta non præteritis calumniam faciunt, sed futuris regulam ponunt ;* Theod. II, C., I, 14, 7 ; Just., c. Δέδωκεν, 23. L'idée de la non-rétroactivité apparaît, sous la République, comme une règle de conduite pour le législateur (Cic., *Verr.*, I, 42; Ulp., D., XXXV, 2, 1 pr.).

(5) Nov., 66, 1, 4 : *Absurdum esset id quod recte factum est ab eo quod nondum erat, postea subverti.*

(6) Just., C., IV, 32, 26-27.

(7) Parmi les rescrits, on distingue parfois l'*adnotatio* écrite au bas de la requête (C. Th., I, 2, 1) et la *pragmatica sanctio* qui, au temps de Zénon (C., I, 23, 7, 2), contenait une décision d'intérêt public (C. Th., XI, 1, 36) prise sur la requête d'une corporation (curie, cité, province), mais qui, sous Justinien, ne diffère, croit-on, du rescrit que par la forme ou par la force exécutoire. Cf. Karlowa, I, 937 ; Krueger, 362.

(8) C., I, 14, 3 ; 12, 2. Au IVe siècle, on était plus rigoureux : Constantin refuse toute valeur aux rescrits dérogeant au droit commun (C. Th., I, 2, 2; Arcad., 11).

tienne l'interprétation d'une règle de droit (1) : tous autres rescrits n'auront pas force de loi.

Au bout d'un siècle, il devint très difficile de se procurer l'ensemble des lois rendues par Constantin et ses successeurs ; elles étaient éparses dans les archives des quatre préfectures du prétoire et dans celles des gouverneurs des provinces. La division de l'empire compliqua la difficulté. Ceux qui par profession devaient connaître le droit, se contentaient souvent de notions fragmentaires. L'empereur d'Orient, Théodose le Jeune, d'accord avec son collègue d'Occident, Valentinien III, résolut de faire rédiger un recueil général des lois nouvelles. Une commission de seize membres fut chargée de ce travail et reçut le pouvoir d'abréger les textes et même de les corriger conformément au droit en vigueur. Le nouveau code, appelé Théodosien, du nom de celui qui en avait pris l'initiative, fut rendu exécutoire le 1[er] janvier 439. Il est divisé en seize livres et subdivisé en titres: les lois y sont classées par ordre chronologique. Les livres II à V et une partie du livre VIII ont trait au droit privé (2).

Les lois postérieures à la rédaction du code Théodosien ont été recueillies séparément pour chacun des empires d'Orient ou d'Occident. L'unité de législation n'a pas été maintenue en général, bien que quelques lois d'Orient aient été acceptées en Occident (3). Les Novelles de Théodose II et celles des empereurs d'Occident, jusqu'en 468, sont en partie parvenues jusqu'à nous (édition Hænel, 1844).

II. La jurisprudence. — Les traditions du droit classique se sont conservées dans la jurisprudence jusqu'à Dioclétien : le style des rescrits de cet empereur a de la fermeté et de la précision (4). Mais, à partir de Constantin, la décadence est rapide. Malgré les privilèges accordés aux étudiants de l'école de Béryte, la science du droit est délaissée (5). La pratique judiciaire ne songe plus à consulter les textes législatifs ni les ouvrages origi-

(1) Les décrets n'ont force de loi que s'ils statuent sur des procès jugés en présence des parties (C., I, 14, 12 pr.). L'usage des *mandata*, qui subsistait au début du v[e] siècle, lors de la rédaction de la *Notitia dignitatum*, n'a pas tardé à disparaître : il fut rétabli en 535 par Justinien. Voir notre article Mandatum (*Dict. des Antiq.*).

(2) Le code Théodosien n'a pas été intégralement conservé; il manque la moitié du livre I[er], les deux tiers des livres II à V, trois titres du livre VI. Le code Théodosien a été publié avec un commentaire approfondi de J. Godefroy en 1665. Hænel en a donné une édition plus complète en 1842. Une édition critique sera prochainement publiée par l'Académie de Berlin (*Z. Sav. St.*, XXI, 149).

(3) Telles sont les Novelles de Théodose II (Nov. *Val.*, 25, 1).

(4) Edouard Cuq, *Conseil des Empereurs*, 499.

(5) Libanius (ep. 567) cite Domnio, professeur à Béryte au milieu du iv[e] siècle, et Anatolius, qui fut préfet d'Illyrie sous Constant (Cuq, sur Borghesi, X, 439).

naux des grands jurisconsultes : elle se contente des manuels qui lui présentent le résumé des travaux antérieurs (p. 57, 9). Est-il besoin d'ajouter qu'on ne retrouve plus chez les légistes du Bas-Empire l'élévation des sentiments et la dignité du caractère qui distinguent les classiques? Sans prêter foi aux exagérations d'Ammien Marcellin, qui leur reproche leur dépravation et leur avidité, on ne saurait méconnaître que les gens de loi de Byzance furent plutôt des hommes d'affaires que des jurisconsultes.

Le brusque déclin de la haute culture juridique a sans doute une cause profonde : les esprits d'élite s'étaient tournés d'un autre côté ; ils se consacraient à l'étude de la théologie chrétienne, ils se passionnaient pour les questions religieuses, la discussion des questions de droit faisait place aux querelles entre orthodoxes et hérésiarques. La science du droit, qu'avaient illustrée les Manilius, les Scævola, les Servius, n'était plus, suivant Mamertin, qu'un métier d'affranchi (1); elle n'était pas désintéressée (p. 37, 5). L'État, sentant la nécessité de propager la connaissance et l'art du droit, avait pris à sa charge les traitements des professeurs des trois grandes écoles de Béryte, de Constantinople et de Rome (2).

Les écrits des légistes du Bas-Empire sont pour la plupart de simples compilations, comme les Fragments du Vatican, la *Collatio* et la *Consultatio* (p. 62), ou l'adaptation au droit en vigueur de quelques ouvrages classiques, comme l'*interpretatio* des Sentences de Paul et des Institutes de Gaius, insérée au Bréviaire d'Alaric (3). Vers la fin du v[e] siècle, une certaine activité scientifique se manifeste en Orient : des professeurs de l'école de Béryte composent des recueils de définitions empruntées aux classiques, des notes sur les constitutions impériales (4), des scolies sur les Réponses de Papinien, sur les livres d'Ulpien *ad Edictum* ou *ad Sabinum* (5). — A la même époque, ou au début

(1) *Gratiarum actio Juliano*, 20.

(2) C., *Omnem*, 7 ; C. Th., XIV, 9, 3 ; Cassiod., *Var.*, IX, 21 ; C., *pro petitione Vigilii*, 22. Une inscription de la seconde moitié du iv[e] siècle contient l'épitaphe d'un étudiant en droit : *doctus puer studiis et jure peritus* (*C. I. L.*, XI, 2839). Cf. Cozzaluzzi, *Studi e doc.*, XXII, 476.

(3) Ces adaptations sont l'œuvre, non pas des rédacteurs du Bréviaire, mais de légistes antérieurs; ce sont eux qui ont remanié, pour les besoins de l'école, les Institutes de Gaius et abrégé les sentences de Paul (cf. Krueger, *Gesch.*, 416).

(4) Heimbach, *Basiliques*, VI, 8.

(5) Mortreuil, *Histoire du droit byzantin*, I, 257, 402. Sur les scolies découvertes au monastère du Sinaï, voir *Bull. de Corr. hellén.*, 1880, p. 449; Riccobono, *Bull. dell' Ist. di d. R.*, 1898, p. 297. On attribue à l'école d'Alexandrie (supprimée avec celles de Césarée et d'Athènes, par Justinien) les scolies grecques sur les Réponses de Papinien que l'on a trouvées en Egypte (Girard, *Textes*, 423).

du VIe siècle, dans les royaumes barbares qui s'étaient formés au dépens de l'empire d'Occident, Alaric II, roi des Wisigoths, Gondebaud, roi des Burgondes, firent rédiger chacun une compilation de lois romaines pour l'usage de leurs sujets romains : la *Lex romana Wisigothorum* (p. 62, 2), la *Lex romana Burgundionum*. En Italie, l'édit de Théoderic eut une portée plus générale : il s'appliqua aux Ostrogoths et aux Romains (1).

III. La législation de Justinien. — Dans la législation de Justinien il faut distinguer les lois qu'il a personnellement rendues et celles qui, appartenant à une période antérieure, ont été simplement recueillies par lui et adaptées au droit en vigueur de son temps. Ces dernières sont de beaucoup les plus importantes pour l'histoire du droit; elles se composent soit de constitutions impériales (*leges*), soit de règles formulées par les classiques (*jus*) ; elles ont valu à leur compilateur une juste célébrité.

L'œuvre législative de Justinien se rattache directement à la réforme administrative qu'il résolut d'entreprendre au début de son règne (2) et qu'il s'efforça de réaliser pendant trente-huit années (527-565), peut-être aussi au dessein qu'il méditait de reconstituer dans son intégrité l'ancien empire romain. A la mort de Justin, les exactions des fonctionnaires de tout ordre, la vénalité de la justice rendaient les provinces inhabitables ; l'insécurité était générale. Pour rétablir l'ordre dans l'administration, pour enlever aux juges tout prétexte tiré de l'ignorance ou de l'incertitude du droit, il était urgent de mettre à leur disposition le recueil complet des lois en vigueur. La codification du droit était la préface de la réforme de l'administration. D'autre part, il était utile de montrer aux rois barbares qui occupaient des territoires d'empire que l'empereur d'Orient était le continuateur des empereurs romains par la science du droit aussi bien que par la gloire des armes. Tel était le prestige de la tradition romaine que ces rois acceptaient, comme de simples vassaux, les titres et les insignes des dignités que leur conférait l'empereur d'Orient.

La législation de Justinien comprend : 1° un code de constitutions impériales ; 2° un recueil des règles formulées par les jurisconsultes gratifiés du *jus publice respondendi ;* 3° un livre

(1) Ces trois recueils sont du début du VIe siècle.

(2) Né en Macédoine, à Tauresium (Uskub), sur les confins de l'Albanie, Fl. Petrus Sabbatius Justinianus fut élevé à Byzance par les soins de son oncle Justin, soldat de fortune, qui devint sous Anastase commandant en chef de la garde, puis en 518 empereur. Justinien, associé par son oncle à l'empire le 1er avril 527, devint seul empereur le 1er août suivant, à l'âge de quarante-cinq ans.

élémentaire (*Institutiones*) à l'usage des étudiants en droit ; 4° un grand nombre de lois destinées, les unes à trancher des controverses, les autres à réformer la législation. La réunion de ces quatre recueils forme le *Corpus juris civilis*.

§ 1er. — Le *Code*, commencé le 13 février 528, a été rédigé par une commission de dix membres, parmi lesquels étaient Tribonien, le plus grand savant de son temps et l'un des grands dignitaires de la cour (1), et Théophile, professeur de droit à Constantinople. Il fut publié le 7 avril 529 (2). Ce code comprend un choix de constitutions impériales (environ 4,650) depuis Hadrien jusqu'à Justinien : c'est un recueil de décisions d'espèce et non de règles abstraites. Les textes ne sont pas toujours reproduits dans leur teneur originale : les rédacteurs furent autorisés à supprimer les dispositions surannées (3), à abréger les décisions trop prolixes des empereurs des IVe et Ve siècles, à fondre en une seule plusieurs constitutions, à diviser une constitution en plusieurs fragments pour les répartir dans des titres différents.

Le code a été composé sur le plan du code Grégorien combiné avec celui du code Théodosien ; il est divisé en douze livres, chaque livre comprend un certain nombre de titres ; chaque titre un certain nombre de lois rangées dans l'ordre chronologique ; chaque loi est précédée d'une *inscriptio* indiquant le nom de l'auteur et celui du destinataire ; elle est suivie d'une *subscriptio* indiquant la date et le lieu où elle a été rendue (*data*) ou publiée (*proposita*) (4). Le droit ecclésiastique, qui était relégué à la fin du code Théodosien, figure en tête du nouveau code ; les livres II à VIII sont consacrés au droit privé ; le livre IX au droit criminel ; les livres X à XII au droit administratif (5).

(1) Procop., *Bell. Pers.*, 122. Tribonien était originaire de Pamphylie.

(2) Ce code ne nous est pas parvenu : nous n'en avons que la seconde édition, rédigée cinq ans plus tard et rendue exécutoire le 29 décembre 534. Cette nouvelle édition a été rendue nécessaire par les changements opérés dans la législation : on a modifié les lois qui n'étaient plus d'accord avec le droit en vigueur; on y a ajouté de nombreuses constitutions rendues dans l'intervalle. Ce sont d'abord les 50 décisions destinées à trancher des controverses et qui pour la plupart sont de l'année 529; puis environ 240 constitutions publiées de 530 à 534 sur la demande de la commission chargée de la préparation du Digeste (C., *cordi*, 1).

(3) Voir un exemple de ces remaniements dans *C.*, X, 10, 5, emprunté à *C. Th.*, X, 8, 5.

(4) Cuq (*Borghesi*, X, 192); cf. la mention προετέθη ἐν 'Αλεξανδρείᾳ dans divers rescrits consignés dans les papyrus (Berlin, I, 267; *The Amherst pap.*, II, 70).

(5) Il n'existe pas de manuscrit complet du code. De bonne heure on a pris l'habitude d'abréger l'*inscriptio* et la *subscriptio* des lois; puis on a supprimé les constitutions grecques et l'on a publié à part les trois derniers livres qui sont étrangers au droit privé. La meilleure édition est celle de P. Krueger (t. Ier, XXXI).

§ 2. — Le code donnait satisfaction aux besoins immédiats de la pratique, mais Justinien avait une ambition plus haute : il voulait restaurer la science du droit. Il projeta la rédaction d'un vaste recueil des décisions données par les jurisconsultes les plus célèbres depuis le début de l'empire. Ce recueil devait porter le nom de *Pandectes* (compilation) ou *Digeste,* parce que les extraits devaient être distribués par ordre de matières. Tribonien fut chargé, le 15 décembre 530, de l'exécution de ce projet avec seize collaborateurs (1). Dix ans leur furent accordés, mais trois ans leur suffirent pour achever cette vaste entreprise (2). Le Digeste fut rendu exécutoire le 30 décembre 533 (3). Il est divisé en 50 livres (4) ; chaque livre (sauf les livres XXX à XXXII) comprend plusieurs titres ; chaque titre, un nombre variable de fragments (5) empruntés aux écrits des classiques (p. 61). Les matières sont distribuées en général suivant l'ordre de l'Édit ou plutôt des commentaires sur l'Édit, surtout ceux d'Ulpien. On y a rattaché les matières appartenant au *jus civile,* tantôt comme une annexe, tantôt en les fusionnant, parfois en donnant la place principale au droit civil comme pour le testament, le legs, la *res uxoria*, la tutelle (6).

(1) Leurs noms sont cités dans la c. Δέδωκεν, 9. Il y avait le comte des largesses sacrées, deux professeurs de l'école de droit de Constantinople, deux de celle de Béryte et onze avocats près la préfecture d'Orient.

(2) La rapidité de l'exécution explique l'imperfection de l'œuvre; il y a des répétitions, des antinomies; il y a aussi des interpolations (p. 61, 6).

(3) Il existe un grand nombre de manuscrits du Digeste : le meilleur remonte au VI[e] ou VII[e] siècle ; il appartenait à la ville de Pise dès le XII[e] siècle; il est conservé à Florence depuis 1406. On l'appelle la *Florentine* pour le distinguer des manuscrits de la *Vulgate* que les anciens éditeurs ont suivis de préférence et qui étaient généralement divisés en trois parties : *Digestum novum* (liv. 1-24, 3, 2); *Infortiatum* (24, 3, 2-38); *Digestum vetus* (39-50). La Vulgate procède en partie de la Florentine, en partie d'un manuscrit indépendant qui a fourni des corrections importantes et comblé quelques lacunes. Un fac-similé de la Florentine est en cours de publication.

(4) Il y a une autre division en 7 parties ; elle a été empruntée aux commentaires sur l'Edit. Voir les détails dans c. Δέδωδεν, 1-8.

(5) Pour la commodité des recherches, les éditeurs modernes ont divisé ces fragments en paragraphes lorsqu'ils contiennent des décisions distinctes. Le premier paragraphe est appelé *pr*[*incipium*]; le second porte le n° 1 ; le troisième, le n° 2, et ainsi de suite. Cf. t. I[er], p. XXXI.

(6) Les fragments qui composent chaque titre ne sont pas classés dans un ordre méthodique : ils sont répartis en trois séries, la première (*série Sabinienne*) composée d'extraits des *libri ad Sabinum*, la seconde (*série Edictale*) avec des extraits des *libri ad Edictum*, la troisième (*série Papinienne*) avec des extraits des Questions et des Réponses de Papinien, Paul et Scævola. Ces trois séries sont souvent complétées par des extraits d'une série supplémentaire comprenant des ouvrages que les compilateurs n'ont eu sans doute que tardivement à leur disposition. L'ordre des séries dans chaque titre est parfois modifié en raison de l'étendue des fragments de l'une d'elles; parfois aussi une ou deux séries manquent lorsque la matière n'est pas traitée dans les livres correspondants. C'est à Bluhme que l'on doit la découverte de l'ordre suivi par les compilateurs dans chaque titre du Digeste (*Z. f. g. Rw.*, 1820, IV, 257).

§ 3. — Le troisième recueil fut destiné à l'enseignement élémentaire : ce sont les *Institutes*, dont la rédaction fut confiée à deux professeurs de droit, Théophile (1) et Dorothée, sous la direction de Tribonien (2). Le plan de l'ouvrage est celui des Institutes de Gaius (3). On y retrouve la division en quatre livres, mais on y a introduit une subdivision en titres étrangère à Gaius. Les matériaux ont été empruntés aux Institutes et aux *Res quotidianæ* de Gaius, aux Institutes de Florentin, d'Ulpien et de Marcien, peut-être à quelques autres ouvrages classiques. Contrairement à ce qui a été fait pour le Digeste et le Code, les rédacteurs n'ont pas indiqué la provenance des extraits (4) ; mais ils ont fait les corrections et les additions nécessaires pour mettre leur travail en rapport avec les changements introduits dans la législation. Bien que destinées à l'enseignement, les Institutes ont reçu force de loi : elles furent publiées le 21 novembre 533 et rendues exécutoires en même temps que le Digeste.

§ 4. — Les *Novelles* de Justinien ont été promulguées de 533 à 565. Elles sont presque toutes en grec ; quelques-unes ont été rédigées en latin, ou en latin et en grec. Il en existe trois recueils d'inégale valeur : l'un est un abrégé, publié en latin, sous Justinien, par un professeur de droit de Constantinople, Julien ; l'autre contient le texte des novelles latines et une traduction assez défectueuse des novelles grecques (5) ;

Elle a été vainement contestée par Hofmann (*Kritische Studien*, 1900) ; cf. MOMMSEN, *Z. Sav. St.*, XXII, 1, et les tableaux publiés par KRUEGER, *ibid.*, 32. La découverte de Bluhme présente un grand intérêt scientifique : elle permet de reconstituer la genèse de l'œuvre de Tribonien, souvent même de reconnaître si deux fragments juxtaposés ont été rapprochés par les classiques eux-mêmes dans le recueil original ou par les compilateurs.

(1) Théophile est l'auteur d'une paraphrase grecque des Institutes, composée, avant 534, à l'usage de ses élèves. L'œuvre est médiocre, souvent inexacte (Cf. Ed. CUQ, *Nouv. Rev. hist.*, 1877, p. 644), mais on y trouve quelques renseignements utiles puisés dans les classiques (I, 672, 1 ; II, 767, 5). La paraphrase a été publiée avec une traduction latine par REITZ, 1753, et par FERRINI, 1897.

(2) Cf. sur les manuscrits et les éditions des Institutes, CUQ, *loc. cit.*, p. 637.

(3) Le livre IV, qui n'était plus en harmonie avec le droit en vigueur, a été remanié : on a reporté au commencement les obligations délictuelles qui terminent le livre III de Gaius ; on a ajouté à la fin deux titres qui ne sont pas dans GAIUS : *de officio judicis* et *de publicis judiciis*.

(4) On a discuté la question de savoir s'ils ont fait des emprunts directs aux ouvrages originaux, ou s'ils ont uniquement puisé dans le Digeste. Il paraît aujourd'hui certain que les deux procédés ont été employés. Cf. FERRINI, *Rendiconti dell' Istituto Lombardo*, XXIII, 131 ; *dell' Accademia dei Lincei*, VI, 326 ; APPLETON, *Rev. gén. de droit*, XV, 12 ; 97 ; *Bull. dell' Ist. di d. R.*, III, 245 ; FERRINI, *Bull. dell' Ist. di d. R.*, 1901, XIII, 101-207.

(5) C'est la Vulgate (*versio vulgata*) qui, au moyen âge, fut suivie exclusivement dans les tribunaux d'Occident. On lui donna le nom d'Authentique, lorsqu'on reconnut qu'elle contenait un texte plus exact et plus complet que celui de Julien.

le troisième est le meilleur et le plus complet ; il renferme 168 novelles : 157 de Justinien, 4 de Justin II, 3 de Tibère II et quelques édits de préfets du prétoire du VI[e] siècle. On a en outre plusieurs novelles étrangères à ce recueil ; on les désigne sous le nom d'*Edicta* (1).

Quelles que soient les critiques que l'on puisse adresser aux compilateurs du Code, du Digeste et des Institutes, on ne saurait trop louer Justinien d'avoir sauvé de la destruction l'œuvre de la jurisprudence classique. Si l'on compare le Digeste aux recueils des lois romaines, rédigés quelques années plus tôt sur l'ordre des rois barbares, on aperçoit de suite la supériorité et le caractère scientifique de la conception de Justinien : au lieu d'un abrégé informe de quelques ouvrages composés en vue de la pratique judiciaire, Justinien nous a donné une immense collection de textes appartenant à tous les grands jurisconsultes. Grâce à lui, la science moderne peut suivre le développement des doctrines, les progrès du droit et de la jurisprudence, depuis la fin de la République jusqu'à Dioclétien (2).

(1) La meilleure édition est celle de Schœll, terminée par Kroll en 1895 : elle contient le texte grec, la Vulgate et une traduction latine plus correcte.

(2) Le droit du Bas-Empire a été résumé, trois siècles après Justinien, dans un recueil composé en langue grecque par ordre de Léon le Philosophe (886-911) : ce sont les *Basiliques*. Ce recueil, divisé en 60 livres et subdivisé en titres, contient sur chaque matière les règles jusqu'alors dispersées dans les quatre collections de Justinien. On y a joint des annotations ou *scolies* empruntées aux juristes qui avaient commenté le *Corpus juris* ; on l'a complété du X[e] au XII[e] siècle par des scolies nouvelles. Les *Basiliques* fournissent d'utiles indications pour reconstituer les textes souvent altérés du *Corpus*. La meilleure édition, avec traduction latine, est celle de Heimbach (1833-1870) en 6 volumes, complétée en 1897 par Ferrini. Cf. sur le droit postérieur à Justinien, MORTREUIL, *Histoire du droit byzantin*, 3 vol., 1843-1846 ; ZACHARIÆ, *Geschichte des griechischen-römischen Rechts*, 3[e] éd., 1892.

LIVRE II

LES PERSONNES.

CHAPITRE PREMIER

La capacité juridique.

I. Les personnes libres. — § 1er. — La capacité juridique appartient à tous les hommes libres *sui juris* (1). Les restrictions à la capacité des pérégrins (p. 77) n'ont plus guère d'intérêt pratique sous Justinien (2). Mais il y a une nouvelle classe de personnes dont la capacité est limitée : les barbares, établis dans certaines régions frontières, conservent leur autonomie et sont dans une situation analogue à celle des pérégrins (3).

§ 2. — La capacité juridique se perd par la *capitis deminutio maxima* ou *media ;* mais, suivant une tendance qui se manifeste à l'époque classique (p. 74), les effets de la *c. d. minima* sont réduits presque à néant sous Justinien. Elle n'entraîne ni l'extinction des servitudes personnelles, ni la dissolution du contrat de société (4). Elle n'a plus d'intérêt ni pour les *judicia legitima*

(1) L'égalité du droit n'est pas absolue. Il existe plusieurs classes privilégiées : celles des sénateurs, des fonctionnaires impériaux, des militaires. Parmi les sénateurs qui, au ve siècle, sont illustres, respectables ou seulement clarissimes, les premiers sont soumis à des règles spéciales quant au mariage, à la caution *judicatum solvi* (Zeno., C., XII, 1, 17), au taux des intérêts qu'ils peuvent stipuler (C., IV, 32, 26, 2) ; à leur mort, leurs enfants impubères sont pourvus d'un tuteur par le préfet de la ville assisté de dix sénateurs et du préteur tutélaire (C., V, 33, 1). Les ex-préfets du prétoire et de la ville, maîtres de la milice, membres du consistoire, proconsuls et vicaires sont tenus de se faire représenter en justice (Val., Theod., Arc., C., II, 12, 25 ; cf. Nov., 71). Pour les militaires et les personnes assimilées, voir p. 816.

(2) Elles ne s'appliquent qu'à ceux qui ont perdu le droit de cité à titre de peine. Avant Justinien, elles s'appliquaient en outre aux ingénus d'origine pérégrine, aux affranchis déditices, et, dans une mesure moindre, aux affranchis Latins Juniens. La distinction des citoyens et des pérégrins a survécu à l'édit de Caracalla : il y a là un fait attesté par les diplômes militaires ; on ignore d'ailleurs comment la portée de cet édit a été restreinte. Cf. les conjectures de Mommsen (*Hermes*, XVI, 474).

(3) Tels sont les Éthiopiens et les Goths. Voir les textes cités par Mommsen (*Neues Archiv*, XIV, 526). D'après lui, l'idée de la pérégrinité n'a pas disparu, mais elle a diminué d'étendue et changé de nom.

(4) P, 75, 3. Inst., II, 4, 3.

qui n'existent plus, ni pour l'agnation qui a été supprimée par la novelle 118.

§ 3. — Les déchéances, résultant autrefois de la loi ou de l'édit sont désormais réunies sous la dénomination commune d'infamie (p. 76). On a dû les modifier en partie : l'exclusion du décurionat eût été un bienfait à une époque où l'on s'efforçait d'en éviter la charge ; cette déchéance a été supprimée par Dioclétien ; elle a été remplacée en certains cas par une peine rigoureuse, la déportation ou l'exil (1). De nouvelles causes d'infamie ont été admises lorsque le christianisme est devenu la religion de l'Etat : les païens, les hérétiques, les apostats, sont exclus des fonctions publiques et de la milice (2) ; ils sont déchus du droit de tester ou de succéder à cause de mort (3).

En dehors de l'infamie de droit, il y a l'infamie de fait (4) : elle atteint les personnes perdues de réputation (*turpes personæ*). Cette sorte d'infamie n'entraîne aucune incapacité proprement dite, mais on en tient compte dans certains cas : on ne doit ni accueillir en justice le témoignage de ces personnes, ni leur confier une tutelle; le testament qui les institue héritiers de préférence aux frères et sœurs est inofficieux (5).

II. Les esclaves. — Le droit du Bas-Empire, sans supprimer l'esclavage, poursuit un double but : 1° adoucir le sort des esclaves ; 2° faciliter leur affranchissement. — Constantin réprouve la cruauté du maître envers son esclave coupable : il punit comme un homicide celui qui fait périr l'esclave dans des supplices raffinés (6). Il défend l'exposition des esclaves nouveau-nés, la séparation, lors du partage d'une propriété, des membres d'une même famille d'esclaves attachés à la culture (7). — Par faveur pour la liberté, on simplifie et l'on multiplie

(1) Diocl., C., X, 59, 1. Théodose Ier interdit aux *curiales* d'accepter la *procuratio alienarum facultatum* sous peine de déportation (C. Th., XII, 1, 92; cf. Nov., *Theod.*, 9).

(2) Grat., C., I, 1, 1, 1 : *Hæretici dogmatis infamia;* Valent., C., I, 7, 3; C. Th., XVI, 10, 21. Honorius (C., I, 5, 4, 2-3) refuse aux Manichéens et aux Donatistes même le droit de vendre ou de donner, sans doute pour les empêcher d'éluder la déchéance du droit de tester (cf. C., I, 11, 9; Nov. *Inst.*, 115, 3, 14; 118, 6). La capacité des Juifs est restreinte quant au mariage avec les chrétiens (Valent., C., I, 9, 6) et quant aux fonctions publiques (C. Th., XVI, 8, 24); mais ils peuvent être décurions (Constantin, *eod.*, 3).

(3) C'est là, dit de Broglie (*op. cit.*, VI, 95), une peine de gens riches et de courtisans, qui passent volontiers d'un culte à l'autre avec la faveur.

(4) Ulp., D., III, 1, 1, 5 : *Turpitudine notabiles personæ.* Cf. Jul., cité p. 97, 6.

(5) P. 607, 5. Callistr., D., XXII, 5, 3, 5; Ulp., D., XXVI, 2, 17, 1.

(6) C. Th., IX, 12, 1, en donne l'énumération.

(7) C. Th., V, 7, 1; C. J., III, 38, 11.

les modes d'affranchissement (1) : entre vifs, la vindicte se réduit à une déclaration non solennelle faite devant le magistrat. Mais le mode le plus usité chez les chrétiens est l'affranchissement *in sacrosanctis ecclesiis* (2), dont l'efficacité fut admise par Constantin ; il consiste en une déclaration faite par le maître dans l'église en présence des prêtres et du peuple. Il a sur la vindicte l'avantage de ne pas obliger le maître à se rendre devant un magistrat investi de la *legis actio* (3). A cause de mort, la liberté directe peut être léguée par un codicille non confirmé (4). On va même jusqu'à sous-entendre l'intention d'affranchir lorsqu'un maitre nomme son esclave tuteur testamentaire de son fils. S'il nomme tuteur l'esclave d'autrui, cela vaut fidéicommis de liberté (5). — En outre, la loi accorde dans divers cas la liberté à un esclave à titre de récompense ou pour le soustraire à son maître qui abuse de son droit (6).

Les restrictions à la liberté d'affranchir ont été supprimées ou atténuées par Justinien : la loi Fufia Caninia et le Sc. Claudien sont abrogés; la clause de la loi Ælia Sentia qui annule l'affranchissement en fraude du patron n'est pas reproduite; l'affranchissement testamentaire est permis dès que le maître a atteint l'âge où il peut ester en justice, dix-sept ans accomplis, plus tard, dès qu'il est capable de tester, à quatorze ans (7).

III. Les affranchis. — La condition des affranchis fut amé-

(1) C., VII, 6, 1, § 1, 2, 5, 10-12; XII, 33, 6-7; Nov., 78, 4; 123, 17. La faveur pour la liberté a inspiré plusieurs décisions de Justinien : 1° le condamné *in metallum* conserve la qualité d'homme libre; son mariage n'est pas dissous (Nov., 22, 8); 2° l'esclave commun, affranchi par l'un de ses maitres, est libre, mais le *manumissor* doit payer à son copropriétaire une indemnité fixée par la loi (C., VII, 7, 1); 3° l'esclave grevé d'un usufruit peut être affranchi par l'usufruitier sous réserve du droit du nu propriétaire et réciproquement ; dans le premier cas, il est libre en fait jusqu'à la fin de l'usufruit; dans le second, il est libre en droit, mais reste au service de l'usufruitier jusqu'à la fin de l'usufruit (C., VII, 15, 1); 4° le fidéicommis de liberté au profit de l'esclave d'autrui n'est pas nul si le maître refuse de le vendre : on attendra une occasion favorable (Inst., II, 24, 2.)

(2) Usage analogue en Italie : l'esclave recevait, dans le temple de la déesse Feronia, le bonnet (*pileus*), signe de la liberté (Serv., *Æn.*, VIII, 564); en Grèce, l'affranchissement avait lieu sous forme de vente à une divinité (Foucart, *Mém. sur l'affranchissement des esclaves*, d'après les inscriptions de Delphes).

(3) C. Th., IV, 7, 1 pr. ; Sozomen., *Hist. eccles.*, I, 9. Voir la formule de la déclaration dans Ennod., éd. Migne, LXIII, 257. Les *clerici* sont dispensés de se rendre à l'église pour affranchir leurs esclaves : leur volonté suffit, de quelque manière qu'elle ait été exprimée, même sans témoins (C. Th., *eod.*, 1, 1).

(4) P. 136, 4. Inst., I, 5, 1.

(5) Inst., I, 14, 1. Ulpien (36 ad Sab., D., XXVI, 2, 10, 4) sous-entend la condition *cum liber erit*.

(6) P 70, 6. Exemples : Constantin, C., VII, 13, 2-4; I, 10, 1; Nov., 5, 2; 123, 17. Le délai de la prescription opposable par l'esclave qui, de bonne foi, est en liberté, a été porté à seize ans (C. Th., IV, 8, 7).

(7) Inst., I, 7 pr.; I, 6, 7; Nov., 119, 2.

liorée comme celle des esclaves : 1° Justinien supprime la distinction des trois classes d'affranchis (p. 148) : tout affranchissement valablement fait confère le droit de cité ; il n'y a plus ni Latins Juniens ni déditices (1) ; 2° l'affranchissement entraîne de plein droit le *jus aureorum annulorum ;* 3° la *restitutio natalium* peut être accordée par le maître lors de l'affranchissement ou par acte de dernière volonté (p. 73, 5). — Mais on n'a eu garde de relâcher les liens existant entre l'affranchi et le patron : Constantin a maintenu le droit du patron de faire révoquer l'affranchissement pour cause d'ingratitude (2) ; Honorius l'a accordé aux héritiers du patron ; Valentinien III a permis de l'invoquer contre les enfants de l'affranchi (3). — La sollicitude de la loi s'est étendue à ceux qui se disent injustement retenus en esclavage : Justinien les dispense de chercher un *assertor ;* il les autorise à réclamer directement leur liberté (4).

IV. Les colons. — Le principe de l'égalité de droit que les classiques avaient cherché à réaliser (p. 47), a subi des atteintes au Bas-Empire : l'une des plus importantes concerne toute une classe d'hommes libres, celle des cultivateurs des grands domaines. Les colons sont attachés à la terre qu'ils cultivent moyennant une redevance en nature, parfois en argent : ce sont des serfs de la glèbe ; leur condition se rapproche de plus en plus de celle des esclaves.

§ 1er. *Origine du colonat.* — La question de l'origine du colonat est depuis longtemps discutée : la découverte récente de quelques inscriptions (p. 304, 1) a fait faire un grand pas vers la solution de ce problème. Le colonat a eu des origines diverses : la seule que l'on connût jusqu'ici d'une façon certaine, c'était la guerre. A partir de Marc-Aurèle, au lieu de réduire en esclavage les peuples vaincus, on en fit souvent des colons. Pour remédier à l'insuffisance de la population agricole, on amena en Italie et en Gaule un nombre considérable de Germains, Goths ou Sarmates, qu'on répartit entre les propriétaires en les affectant, eux et leurs enfants, à la culture d'un domaine (5). A côté de ces

(1) C., VII, 5, 1 ; VII, 6, 1. La condition de déditice était depuis longtemps en désuétude (Inst., I, 5, 3), mais il y avait encore des Latins Juniens : c'étaient sans doute les esclaves affranchis par un mode non solennel.

(2) P. 144, 12. C. Th., IV, 10, 1 : *Levis offensæ culpa ;* Inst., I, 16, 1 ; cf. Ambros., *de vita beata*, 3. Constantin avait d'abord décidé que l'affranchi ingrat deviendrait Latin Junien (C. Th., II, 22, 1) ; en 332, il lui retire la liberté.

(3) C., VI, 7, 3-4 (Italie).

(4) C., VII, 17, 1. Une loi de Constantin avait pris des mesures en faveur de l'esclave qui ne trouvait pas d'*assertor* dans un certain délai et parvenait ensuite à faire juger qu'il était libre (C. Th., IV, 8, 5).

(5) Capitol., *Marcus*, 22 ; 24 : *Æquitatem etiam circa captos hostes custodivit ;*

colons que le gouvernement établit d'autorité sur un domaine, il y a ceux qui s'y fixent volontairement en raison des avantages que leur promet le propriétaire : c'est la seconde source du colonat et la plus ancienne. Bien avant Marc-Aurèle, on avait constaté que le travail servile appliqué à la terre ne donnait pas des résultats rémunérateurs : on avait recours à des colons libres. L'exploitation des grands domaines était confiée à un nombre plus ou moins grand de petits cultivateurs travaillant chacun pour son compte avec sa femme et ses enfants, et payant une redevance au propriétaire ou au fermier général (*conductor*). Dans les régions où la population était clairsemée et où il n'eût pas été facile de les remplacer, le propriétaire avait intérêt à bien traiter ses colons pour les retenir sur le fonds. Les clauses du bail restaient toujours les mêmes pour que les colons n'eussent pas à se préoccuper du changement de propriétaire ou de fermier. Grâce à cet usage, les familles de colons se perpétuaient sur le domaine : on les considérait comme un accessoire du fonds. En droit, les colons étaient libres d'abandonner la culture; en fait, ils n'usaient pas de cette faculté (1).

Telles sont les deux classes de personnes qui, sous le Haut-Empire, étaient attachées à la culture de la terre (2). Aucune loi ne paraît avoir modifié la capacité juridique des colons volontaires; mais peut-être celle des colons amenés par Marc-Aurèle et ses successeurs, était-elle restreinte par l'obligation de rester sur le domaine qu'on leur avait assigné (3). C'est au Bas-Empire

infinitos ex gentibus in Romano solo collocavit; TREB. POLLIO, *Claudius*, 9; EUTROP., IX, 25 (Dioclétien); EUMEN., *Paneg. Constantio*, 8, 9.

(1) Edouard CUQ, *le Colonat partiaire*, p. 43 ; *Dict. des Antiq.*, V, 1289.

(2) D'après Fustel de Coulanges (*Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 9), il y en aurait une troisième : celle des fermiers insolvables retenus de force sur le domaine jusqu'à ce qu'ils aient payé l'arriéré de leur dette ou fourni caution. Mais le droit attribué au propriétaire est contestable depuis l'introduction par Auguste du bénéfice de cession de biens ; pour le surplus, l'opinion de Fustel repose sur l'interprétation erronée de Scævola (D., XXXIII, 7, 20). Cf. P. FOURNIER, *Rev. des quest. hist.*, XL, 188 ; Ed. CUQ, *Colonat*, 39.

(3) ZOSIM., I, 46. Il n'y aurait pas de doute si l'on pouvait affirmer (SEECK, *Paulys Realencykl.*, IV, 496) que ces colons sont les *inquilini* dont parle Marcien (D., XXX, 112 pr.). On ne peut, dit-il, les léguer *sine prædiis quibus adhærent*, mais, d'après un rescrit de Marc-Aurèle et Commode, l'héritier pourra être tenu d'en payer l'estimation si telle paraît être l'intention du testateur. Il est bien difficile de croire qu'il s'agit d'hommes libres, car la liberté n'est pas susceptible d'estimation. On objecte que si l'*inquilinus* est un esclave, le legs devrait être valable, car le maître peut disposer à son gré de ce qui lui appartient (KUEBLER, *Z. Sav. St.*, XXII, 208). Mais il y a ici une question d'interprétation de volonté : la décision de Marc-Aurèle doit être rapprochée d'un texte de Scævola (D., XX, 1, 32), son contemporain et son principal conseiller. D'après ce texte, le propriétaire d'un domaine peut, à défaut de colons, affecter des esclaves à la culture *ut ibi perpetuo essent.* S'il lègue ces

que la loi s'est pour la première fois occupée des colons ; dans l'intérêt du fisc, elle les a soumis tous à une règle uniforme : pour faciliter la perception de l'impôt de capitation dont les décurions étaient responsables, Constantin interdit aux colons *adscripticii* (1) de quitter le domaine où ils sont nés (*origo*), sous peine d'être traités comme des esclaves fugitifs (2). Valentinien Ier en 371, puis Théodose Ier, confirment cette règle, mais la rendent indépendante de l'obligation de payer l'impôt : les colons des provinces exemptées de la capitation, ne peuvent prétendre au droit d'abandonner leur domaine (3) ; l'intérêt public, d'accord avec l'intérêt du propriétaire, s'oppose à ce que les champs restent incultes. Le colonat est dès lors une condition sociale ; la culture devient une profession obligatoire et héréditaire (4). Le colon est attaché à son domaine comme l'ouvrier à son métier et à sa corporation ; c'est le travail forcé (5).

§ 2. *Formation du colonat.* — On devient colon : 1° par la naissance. L'enfant dont les père et mère sont colons est colon (*originalis*). L'enfant d'une *colona* suit la condition de sa mère si les père et mère sont colons de domaines différents; on les attribua d'abord au domaine du père, puis on les répartit dans une proportion variable entre les propriétaires des deux do-

esclaves isolément, doit-on supposer qu'il a changé d'intention ? Tel n'est pas l'avis de Marc-Aurèle : on examinera si le testateur a entendu léguer la valeur des esclaves.

(1) Cette restriction est justifiée par les textes qui visent spécialement les *coloni duntaxat adscripti* (C., XI, 50, 2) et par ceux qui étendent la loi de Constantin (*lex a majoribus constituta*) aux provinces qui par exception avaient été exemptées de la *capitatio* comme la Palestine (Theod. I, C., XI, 51, 1). Il y a donc des colons qui ne sont pas *adscripti censibus*. A l'inverse, il y a des *adscripticii* qui ne sont pas des colons : 1° les petits propriétaires qui vivent sur leur terre : il leur est interdit de quitter leur village (Theod. II, C. Th., XI, 24, 6, 3 : Egypte) ; 2° les esclaves affectés à la culture : ils ne peuvent être vendus sans la terre qu'ils cultivent. Cette règle, qui n'existait pas encore en 327 (C. Th., XI, 3, 2), apparaît en 349 (Constans, C. Th., VII, 1, 3; cf. Valent., C., XI, 48, 7 : Gaules).

(2) C. Th., V, 9, 1 pr., de l'an 332. La défense ne s'applique plus lorsque l'intérêt du fisc et des décurions n'est pas en jeu : le propriétaire de plusieurs fonds peut transférer ses colons d'un fonds à l'autre (Valent. I, C., XI, 47, 13, 1), car il est responsable de l'impôt pour tous ses colons, mais il ne peut pas, en vendant une partie de son domaine, céder tous ses colons : ce serait compromettre le droit des décurions à la perception de l'impôt sur la partie qui resterait inculte (*ibid.*, 7).

(3) C., XI, 53, 1 (Illyrie) ; 52, 1 (Thrace) : *Inserviant terris, non tributario nexu, sed nomine et titulo colonorum;* Arcad., C., XI, 50, 2 : *Pæne est, ut quadam dediti servitute videantur.*

(4) Constantin, C., XI, 68, 1-4. Les enfants d'un ingénu et d'une *colona* sont attribués *origini ex qua mater eorum est.* Theod., C., XI, 64, 1 : *Quorum avi ac patres implicati hujusmodi functionibus fuerint.*

(5) Le colonat existe dans toutes les régions de l'empire. Au titre *de agricolis censitis et colonis* (D., XI, 48), sur 18 lois antérieures au VIe siècle, 13 concernent l'Italie ou les Gaules, 3 l'Orient, 2 sont incertaines (c. 11, 12); mais il y a des titres spéciaux consacrés aux colons de Palestine, de Thrace et d'Illyrie.

maines (1); 2° en vertu de la loi ou d'une décision impériale : les mendiants valides, d'origine libre, sont attribués à ceux qui les dénoncent et seront colons à perpétuité (2); les barbares prisonniers des Romains sont attribués aux propriétaires qui en font la demande (3); 3° par convention. A défaut de convention, le cultivateur libre qui est resté trente ans sur le même domaine ne peut plus le quitter, ni lui ni ses enfants, mais il conserve sa liberté personnelle et la disposition de ses biens (4).

§ 3. *Extinction du colonat.* — On cesse d'être colon : 1° par l'entrée dans un monastère ou dans les rangs du clergé, avec le consentement du propriétaire (5); 2° par l'affranchissement pourvu que le maître renonce en même temps à la propriété de la terre cultivée par le colon. Celui-ci devient alors *plebeius adscripticius* (6); 3° avant Justinien, par la prescription de trente ou quarante ans, suivant que le colon est ou non resté dans la même province et qu'il est entré à la curie ou dans toute autre corporation; s'il n'a fait que changer de domaine, la prescription est de trente ans pour l'homme, vingt ans pour la femme (7).

§ 4. *Condition sociale et juridique des colons.* — La condition sociale du colon est presque aussi méprisée que celle de l'esclave (8). Sa condition juridique a été progressivement rapprochée de l'esclavage (9), sans que l'analogie soit complète : 1° le colon est, dans une certaine mesure, soumis à la puissance du maître du domaine; on le traite comme un esclave lorsqu'il fait un acte de nature à compromettre le droit de son propriétaire (fuite, vente du pécule). S'il se marie avec une femme libre, il sera châtié (10); 2° le maître ne peut exiger de lui des services

(1) Constantin, C., III, 36, 11; Honor., C. Th., V, 10, 3 (Italie); Nov. *Valent.*, XXXIV, 19; Nov. *Just.*, 162, 3.

(2) Valent. II, C. Th., XIV, 18, 1 (Rome).

(3) Theod. II, C. Th., V, 4, 3 (Orient).

(4) Salv., *de gub*, V, 8, 43; Anastas., C., XI, 48, 19; Just., *eod.*, 22; 23, 1.

(5) Theod. II, C., I, 3, 16; Zeno, *eod.*, 36 pr. (Orient). Cette cause d'extinction n'était pas admise en Occident (Nov. *Valent. III*, 18, 8).

(6) Sidon., *Ep.*, V, 19; Just., C., XI, 48, 21, 1 : *Adscripticium cum terra dominio suo expellere.*

(7) Honor., C. Th., XII, 19, 2 (Gaules); V, 10, 1, 1 et 3 (Italie); Just., C., XI, 18, 23.

(8) Nov. *Val.*, 26, 1 : *Vilissimus colonatus;* Valent. I, C., XI, 48, 18.

(9) Au ive siècle, on le traite encore comme un homme libre (Arcad., C., XI, 50, 1) : *Licet conditione videantur ingenui, servi tamen terræ ipsius, cui nati sint existimantur.* Sous Justinien, on se demande quelle différence le sépare de l'esclave (C., XI, 48, 21).

(10) Just., C., VII, 24, 1, 1. Les enfants issus de cette union suivirent d'abord la condition du père. En 537, Justinien décida, par faveur pour la liberté, qu'ils seraient libres comme leur mère (Nov., 54 pr., 1). Cette loi donna lieu à des difficultés et à des réclamations. Les uns demandaient si l'enfant pourrait quitter le fonds sur lequel il était né; les autres se plaignaient du tort que leur causait une loi qui permettait aux

autres que ceux de la culture, ni le vendre sans le domaine, ni modifier l'étendue ou la nature de la redevance d'usage; 3° le colon conserve ses droits de famille et de succession; il a le *conubium* avec les personnes libres (1); 4° il conserve également la jouissance du droit de propriété, mais l'exercice de ce droit est limité pour prévenir des fraudes au préjudice du maître du domaine. Le colon ne peut faire d'aliénation à son insu; il faut que le maître puisse s'assurer que le colon ne dispose pas des fruits qui doivent lui revenir ou des objets servant à la culture : ce serait un vol commis à son détriment (2). Sous cette réserve facile à justifier, le colon peut employer les biens qu'il possède (*peculium*) soit à faire le commerce, soit à payer ses dettes (amendes, impôts) (3). En dehors de son pécule, le colon possède parfois une parcelle de terre dont il a la propriété exclusive (4); 4° le colon peut ester en justice même contre son maître (5). Celui-ci abusait souvent de sa situation; pour se défendre contre ses exigences, bien souvent le colon préférait se placer sous le patronage d'un Puissant (6).

V. LES PERSONNES JURIDIQUES. — Les personnes juridiques sont très nombreuses au Bas-Empire; la plupart sont des fondations. Elles consistent, non plus en un groupe de personnes, mais en

colons de soustraire leurs enfants au colonat. Justinien répondit aux uns que les enfants, sans être colons, ne pourraient quitter la terre, à moins d'acquérir une propriété suffisante pour les occuper (Nov., 162, 2); il donna satisfaction aux autres en limitant l'effet de la loi au cas où le père ne serait ni *adscripticius* ni colon (Ed. KROLL, p. 796). Cette décision, notifiée en 540 au préfet d'Illyrie et rendue applicable dans son ressort, fut provoquée par une requête des *Lugdunensium* (*prædiorum*) *habitatores* (cf. les οἰκήτορες τῶν χωρίων de Nov., 162, 2). Si le mot *Lugdunensium* n'est pas dû à une erreur de copiste, n'est-il pas singulier de voir les propriétaires de la Lyonnaise demander à l'empereur d'Orient le retrait de la loi de 537, comme si elle leur était applicable?

(1) Justinien n'admet pas le mariage d'une femme libre avec un colon (Nov., 22, 17). Mais un colon peut contracter un mariage valable avec une esclave : avant Justinien, les enfants issus de cette union suivaient la condition du père (C., XI, 48, 21).

(2) Le maître peut exercer l'action *furti* contre l'acheteur (C. Herm., 16). ARCAD., C., XI, 51, 2 : *Sæpissime decretum est.* Une crainte analogue a inspiré une clause de la *lex Manciana*. Cf. Ed. CUQ, *Colonat*, 51.

(3) VALENT. I, C., XI, 148, 8, 1 (Italie); HONOR., C. Th., XVI, 5, 54, 8 (Afrique).

(4) VALENS, C. Th., V, 11, 1 : *Si qua propria habeant*; *Ib.*, XI, 1 14 : *Quibus terrarum erit quantulacumque possessio* (Orient); THEOD. II, C. Th., V, 14, 9; Nov., 128, 14. Il en était ainsi en Afrique sous Trajan pour les *subcesiva* que le colon avait mis en valeur (p. 193, 7); mais au Bas-Empire le maître a un délai de deux ans pour reprendre sa terre en remboursant les dépenses faites par le colon.

(5) Dans trois cas : augmentation de la redevance (*superexactio*); accusation criminelle; prétention à la propriété (ARCAD., C., XI, 50, 2; JUST., C., 48, 20 pr.)

(6) CONSTANTIUS, C. Th., XI, 24, 1 (Egypte); LIBAN., *Or.*, II, 499 (Orient); SALV., V, 8, 38. Les puissants étaient parfois de hauts fonctionnaires comme S. Petronius Probus qui fut huit ans préfet d'Italie, puis préfet des Gaules (Ed. CUQ, sur *Borghesi*, X, 541, 703). Cf. MONNIER, *Etudes de droit byzantin*, II, 68.

une masse de biens affectés à un but pieux ou charitable : construction et entretien d'églises, monastères, hospices, hôpitaux, orphelinats (1). Cette classe de personnes juridiques n'était pas inconnue à l'époque antérieure (p. 173, 6), mais elle a reçu un large développement sous l'influence des idées chrétiennes et par la faveur de la loi. Les fondations charitables du Bas-Empire n'ont d'ailleurs rien de commun que le but avec celles du Haut-Empire (p. 16, 1-2). Celles-ci n'avaient pas la personnalité juridique : les biens qui leur étaient affectés restaient la propriété de l'empereur (fondations impériales), ou étaient attribués à une personne juridique au moyen d'une donation *sub modo* (fondations privées) (2).

Les fondations pieuses ou charitables jouissent de la personnalité juridique indépendamment de toute autorisation. La présence et la bénédiction de l'évêque suffisent pour révéler le but de l'institution mais ne sont pas indispensables (3). — La capacité de droit de ces personnes juridiques est très étendue : dès l'an 321, Constantin permit de tester en faveur des églises catholiques de Rome. Cette faculté a été dans la suite généralisée (4). — La gestion du patrimoine des fondations est confiée à des administrateurs placés sous la surveillance des évêques et nommés par le fondateur ou à défaut par l'évêque (5). Par une faveur spéciale, les actions intentées au nom de ces fondations sont imprescriptibles (6).

VI. Les incapacités de fait. — Les mesures prises dans l'intérêt des personnes capables de droit, mais incapables de fait (p. 150), n'ont subi qu'un petit nombre de modifications.

§ 1er. *Tutelle*. — La tutelle des femmes est tombée en désuétude (p. 160, 7) ; il ne reste que celle des impubères. Justinien a fixé d'une manière uniforme à quatorze ans pour les hommes la limite de l'incapacité de fait, à sept ans celle de l'*infantia*, c'est-à-dire de l'époque après laquelle le pupille peut faire sa condition meilleure sans l'*auctoritas* du tuteur (7).

(1) Just., C., I, 2, 19; 23 pr. La distinction des associations et des fondations a été maintenue par le code allemand. Cf. Saleilles, *Les personnes juridiques dans le code civil allemand*, 1902, p. 11.

(2) Le fondateur prenait pour intermédiaire une personne juridique, dans l'espoir que ses intentions seraient remplies à perpétuité. Cf. Pernice, *Labeo*, III, 164.

(3) Nov., 67; 141, 7 et 11 ; Just., C., I, 3, 45 pr.

(4) C. Th., XVI, 2, 4; Just., I, 3, 35 et 46; I, 2, 26. Cf. p. 849, 4.

(5) C., I, 3, 46, 1 et 3.

(6) C., I, 2, 23 pr. Autre privilège : les donations faites à une de ces personnes ne sont soumises à l'insinuation qu'au-dessus de 500 solides (*ibid.*, 19).

(7) La fixation à sept ans du terme de l'*infantia* fut d'abord admise par Arcadius pour l'adition de l'hérédité maternelle échue à un fils de famille : à partir de sept ans, il peut accepter lui-même, et il est dispensé de la *cretio* (C. Th., VIII, 18, 8).

Les causes d'incapacité, d'exclusion ou d'excuse de la tutelle, ont été réglées à nouveau : sont *incapables* ceux qui ne peuvent remplir une charge publique (femmes, impubères, pérégrins, esclaves), ainsi que les mineurs de vingt-cinq ans, les militaires, les évêques et les moines (1). Par exception, les femmes peuvent, à défaut de tuteur testamentaire, être appelées sur leur demande à la tutelle de leurs enfants légitimes ou naturels (2), pourvu qu'elles aient 25 ans et sous certaines conditions (3). La tutelle n'est plus nécessairement un office viril (4). Sont *exclues* les personnes capables, soit dans les cas où elles seraient déclarées suspectes si elles avaient commencé à gérer (5), soit lorsqu'elles sont créancières ou débitrices du pupille (6). Quant aux *excuses*, elles peuvent être invoquées non seulement par les tuteurs datifs, mais par tous les tuteurs (7).

Les anciens modes de délation de la tutelle subsistent, mais la tutelle légitime des agnats a été, sous Justinien, remplacée par celle des cognats : la parenté naturelle a désormais les droits et les charges de la parenté civile. La tutelle fiduciaire qui aurait dû disparaître avec l'ancien mode d'émancipation (p. 815), a été maintenue en faveur des enfants du père émancipateur. La tutelle dative peut être déférée par les magistrats municipaux sans l'ordre du gouverneur, lorsque la fortune du pupille ne dépasse pas 500 solides (8).

Les principales innovations ont trait à la gestion de la tutelle; elles ont pour but de la simplifier en cas de pluralité de tuteurs, et de sauvegarder les intérêts des pupilles d'une manière plus

(1) Inst., I, 25, 13-14; Nov., 123, 5.

(2) C., V, 35, 2. Dans cette loi, promulguée en 390 par Théodose Ier pendant son séjour à Milan, et adressée au préfet d'Orient, la veuve est exclue même par le tuteur légitime. Justinien préfère au tuteur légitime la mère, et à défaut la grand'mère (Nov., 118, 5; Just., C., V, 35, 3).

(3) La veuve doit jurer de ne pas se remarier; si elle ne tient pas son serment, l'enfant aura une hypothèque légale sur les biens du second mari (*ibid.*, 2, 2). Justinien est plus exigeant pour la mère de l'enfant naturel : elle doit jurer de ne pas se marier, renoncer au Velléien et donner à l'enfant une hypothèque sur tous ses biens. En 539, il imposa ces deux dernières conditions à la veuve, et remplaça dans tous les cas le serment par une simple promesse dont l'inobservation entraîne la déchéance de la tutelle. (Nov., 94).

(4) Dans Gaius (D., XXVI, 1, 16 pr.) : *Plerumque* a été interpolé.

(5) P. 161; cf. p. 598, 4. Inst., I, 26, 5. C'était l'avis de Julien, mais non celui d'Ulpien (D., XXVI, 10, 3, 5; 4, 4).

(6) Nov., 72, 1-2. Le tuteur qui entre en fonctions sans déclarer sa qualité de créancier ou de débiteur, est déchu de sa créance ou du droit de se libérer durant la tutelle. Exception pour la mère tutrice (Nov., 94, 1). Cf. p. 846, 1.

(7) P. 153, 4. Inst., I, 25 pr.

(8) Inst., I, 18 pr.; 20, 5. Le magistrat doit être assisté de l'évêque, l'acte de nomination déposé aux archives de l'église (C., I, 4, 30, 2).

efficace : 1° lorsque le pupille a plusieurs tuteurs, l'*auctoritas* d'un seul suffit (1) ; 2° jusqu'au v[e] siècle, l'adition d'hérédité fut un acte interdit au pupille *infans* aussi bien qu'à son tuteur : à l'*infans* en raison de son incapacité générale; au tuteur, parce que la représentation n'étant pas admise, il ne pouvait accepter pour le compte du pupille. Il y avait là une lacune regrettable à une époque où l'enfant était souvent appelé à la succession de sa mère; n'ayant pas vis-à-vis d'elle comme à l'égard de son père la qualité d'héritier sien, il ne pouvait acquérir l'hérédité sans adition. En 426, Valentinien III, dans une loi générale relative à la succession de la mère et des parents de la ligne maternelle, autorisa le tuteur à faire adition au nom de l'*infans* (2). C'était une dérogation à un principe reconnu insuffisant, un correctif commandé par l'intérêt du pupille.

De nouvelles garanties ont été accordées au pupille pour la conservation de ses biens : 1° anciennement, le tuteur devait vendre tous les biens du pupille, sauf les fonds ruraux ou suburbains et les esclaves attachés à l'exploitation; il y était obligé en qualité d'administrateur, et nonobstant toute clause contraire insérée dans le testament qui lui avait conféré la tutelle (3) : un bon père de famille ne doit pas garder de valeurs improductives. Mais cette règle était souvent contraire à l'intérêt du pupille : au début du IV[e] siècle, le placement des capitaux n'était ni sûr, ni facile; le pupille courait le risque de perdre sa fortune. En 326, Constantin généralisa la disposition introduite par S. Sévère pour les fonds ruraux ou suburbains (p. 158) : le tuteur ne peut aliéner aucun bien sans justifier d'une raison sérieuse et sans un décret du magistrat. Mieux vaut, dit-on, sacrifier les intérêts que le capital. Exception fut faite pour les meubles sujets à dépérissement comme les vêtements, et pour les animaux dont on n'avait pas besoin (4). En 396, la règle reçut un tempérament nécessaire : si la fortune du pupille est exclusivement

(1) Avant Justinien, un tuteur, non chargé de l'administration, ne pouvait valablement se porter *auctor* (Ofil., ap. Pomp., D., XXVI, 8, 4), sauf pour une adition d'hérédité (Jul., ap. Afr., 4 Quæst., D., XXIX, 2, 49). Mais, pour les tuteurs chargés de la gestion, l'*auctoritas* d'un seul était suffisante lorsque c'étaient des tuteurs testamentaires ou nommés après enquête (Ulp., XI, 26 ; C., V, 59, 5). Justinien applique cette règle à tous les tuteurs, à moins que la gestion n'ait été divisée ou qu'il ne s'agisse d'une adrogation.

(2) C., VI, 30, 18, 2 (Occident). Les expédients auxquels on avait autrefois recours (p. 157) avaient été écartés depuis vingt ans en Orient dans le cas d'une succession échue à un fils de famille *infans* (Arcad. C., Th., VIII, 15, 8) : le père était autorisé à accepter pour son fils l'hérédité maternelle.

(3) Ulp., 35 ad Ed., D., XXVI, 7, 5, 9.

(4) C., V, 37, 22.

mobilière ou si ses immeubles ne donnent pas des revenus suffisants pour son entretien, on achètera de bons immeubles ruraux si c'est possible, sinon les capitaux seront placés comme autrefois pour subvenir aux besoins du pupille à l'aide des intérêts. Dans le cas contraire, l'or, l'argent, les meubles non sujets à dépérir doivent être déposés en lieu sûr après un inventaire fait par le tuteur aussitôt qu'il est nommé, et en présence du magistrat, des décurions, du *defensor civitatis* et des greffiers publics. Pour prévenir toute fraude, chacun de ces personnages appose son cachet sur les objets déposés (1). Sous Justinien, il suffit que l'inventaire soit fait par acte public, mais il est rendu obligatoire sous peine de destitution du tuteur et d'infamie : décision qui serait excellente si, par une exception injustifiable, il ne dépendait du testateur d'en écarter l'application (2).

2° Justinien interdit aux débiteurs des pupilles de payer entre les mains du tuteur sans un décret du magistrat. Exception est faite pour les revenus, loyers ou intérêts que le tuteur peut recevoir comme par le passé. Le décret met le débiteur à l'abri de toute réclamation ultérieure, même en cas de lésion (3).

3° Le pupille a une hypothèque tacite sur tous les biens du tuteur (4).

§ 2. *Curatelle* (5). — Les modifications portent sur la délation de la curatelle des fous et des prodigues, sur la curatelle de l'aliéné, et, suivant certains auteurs, sur les fonctions du curateur du prodigue. Elles portent aussi sur les garanties accordées aux personnes en curatelle, sur la *venia ætatis* des mineurs de vingt-cinq ans, et le délai de l'*in integrum restitutio*.

1° Le droit classique avait admis deux sortes de curatelle pour les fous et les prodigues : la curatelle légitime et la curatelle honoraire (p. 164); une seule pour les mineurs de vingt-cinq

(1) C. Th., III, 30, 6 (Orient). Cette loi a été remaniée au Code de Justinien (V, 37, 24). Supprimant la distinction si raisonnable faite par Arcadius pour l'emploi des capitaux, Justinien prescrit des mesures contradictoires : les capitaux doivent toujours être mis en lieu sûr, et par conséquent rester improductifs; mais en même temps ils doivent servir à acheter un bon immeuble ou être placés à intérêts.

(2) C., V, 51, 13, 1. Julien avait condamné cette exception (D., XXVI, 7, 5, 7).

(3) C., V, 37, 25 et 27. Il en est autrement des aliénations faites avec l'autorisation du magistrat (Diocl., C., V, 71, 11).

(4) Constantin, *eod.*, 20. Certains auteurs pensent que cette hypothèque remonte au IIIe siècle (Jourdan, *Hypothèque*, 425).

(5) Il n'est ici question que de la curatelle des pubères *sui juris*. On a vu p. 158, 7, que l'on nomme parfois un curateur spécial à un impubère *sui juris*. Cet usage s'est généralisé : lorsqu'un tuteur légitime, testamentaire ou datif, n'est pas apte à l'administration, on lui adjoint un curateur (Inst., I, 23, 5). — La curatelle peut même s'appliquer à un fils de famille pour ses biens adventices, lorsque le père ne veut ou ne peut les administrer (Nov., 117, 1).

ans, la curatelle honoraire. Il n'existe pas de curatelle testamentaire (I, 322). Justinien a modifié les règles sur la délation de la curatelle des fous et vraisemblablement aussi des prodigues : il a fait de la curatelle légitime une curatelle honoraire, en ce sens que l'agnat appelé par la loi doit être agréé par le magistrat (1). De plus, tout curateur, même celui qui est désigné par le testament du père, doit comparaître devant le préfet de la ville ou le président de sa province, en présence de l'évêque et de trois décurions (2), puis jurer, la main sur les livres saints, qu'il conformera ses actes aux intérêts du fou ou du prodigue. Il doit en outre faire un inventaire par acte public, et fournir caution, à moins qu'il n'ait une fortune suffisante ou qu'il n'ait été désigné par le testament du père.

2° La curatelle du fou est suspendue pendant les intervalles lucides : le curateur conserve son titre mais n'exerce pas ses fonctions. — Justinien l'a exceptionnellement autorisé à faire un acte qui ne rentre pas dans son rôle d'administrateur : si une succession avantageuse est déférée à l'aliéné, le curateur est tenu de demander la *bonorum possessio* (3).

3° A la fin de l'époque classique, l'incapacité de fait des personnes en curatelle varie dans son principe et dans sa durée suivant qu'elle s'applique à un fou, à un prodigue, ou à un mineur de vingt-cinq ans : celle du fou est naturelle et intermittente; celle du prodigue, judiciaire et continue; celle du mineur, volontaire et temporaire. L'incapacité est également plus ou moins étendue suivant les cas : celle du fou est absolue, celle du prodigue l'est également sous deux réserves (p. 166, 4, 6); quant au mineur, son incapacité cesse pour les actes qui rendent sa condition meilleure; mais pour ceux qui rendent sa condition pire, il doit obtenir le consentement de son curateur (4). — Au Bas-Empire, le rôle des curateurs a-t-il été modifié? Est-il resté, sauf pour le mineur, un simple administrateur? Est-il devenu une sorte de tuteur chargé de conseiller l'incapable pour les actes qui rendent sa condition pire? Telle était naguère l'opinion

(1) C., V, 70, 7. Le terme technique est celui de *creatio* ou χειροτονία : il s'applique à l'agnat appelé par la loi aussi bien qu'au curateur choisi par le magistrat. Le droit classique n'allait pas aussi loin (p. 162); il excluait l'agnat en fait, sinon en droit; il lui retirait l'administration pour la confier à un tiers désigné par le magistrat (Gaius, D., XXVII, 10, 13). Si l'agnat ne pouvait fournir caution, on nommait un autre curateur (Jul., *eod.*, 7, 2; cf. Audibert, *Nouv. Rev. hist.*, XV, 325).

(2) Pour une *nobilis persona*, on exige même la convocation du sénat.

(3) C., V, 70, 6; 7. Cf. p. 623,7.

(4) Le mineur, qui n'a pas de curateur, est capable, sauf dans les trois cas où il est forcé d'avoir un curateur (p. 169, 4-5) et pour l'aliénation d'un fonds rural ou suburbain, mais il peut se faire restituer pour cause de lésion.

dominante (1) : on reconnaît aujourd'hui qu'elle ne peut être admise pour le fou qui est ou pleinement capable, ou absolument incapable; quant au prodigue, elle se justifierait en bonne logique, mais elle ne trouve aucun appui dans les textes (2).

4° Les règles établies pour la conservation des biens des pupilles (p. 797), ont été appliquées aux personnes en curatelle.

5° Constantin a fixé les conditions sous lesquelles la *venia ætatis* peut être accordée : le mineur doit avoir vingt ans, la mineure dix-huit ans accomplis; ils doivent prouver par témoins, devant le Préteur ou le gouverneur de la province, leur honorabilité et leur aptitude à gérer leurs biens (3). La *venia ætatis* met fin à la curatelle lorsqu'elle existe; elle rend non recevable à demander l'*in integrum restitutio* pour l'avenir, mais elle laisse subsister la défense d'aliéner les fonds ruraux sans un décret du magistrat. Justinien a étendu cette défense à l'hypothèque, et fixé le délai accordé au mineur devenu majeur pour demander la nullité de l'acte fait en contravention : cinq ans pour les actes à titre onéreux; pour les donations, dix ans entre présents, vingt ans entre absents (4).

6° Le délai de l'*in integrum restitutio* a été porté par Justinien d'une année utile à quatre années continues (p. 168, 6).

CHAPITRE II

La famille et le mariage.

I. LA FAMILLE. — Jusqu'à Justinien, la famille a conservé le caractère étroit qu'elle avait aux premiers siècles, mais le mouvement commencé à l'époque classique pour donner à la parenté naturelle une valeur juridique (p. 78), se poursuit sans interruption et aboutit en 543 à la suppression de l'agnation. Dès lors apparaît la notion moderne de la famille fondée sur la communauté d'origine. Cette conception nouvelle, indépendante de la puissance paternelle, permet à l'enfant d'acquérir des droits dans la famille maternelle aussi bien que dans

(1) On avait été induit en erreur par la rubrique du titre *De auctoritate et consensu tutorum et curatorum* qui semble faire du *consensus* le trait dominant de la curatelle, comme l'*auctoritas* est celui de la tutelle.

(2) GÉRARDIN, *Nouv. Rev. hist.*, XIII, 12; AUDIBERT, *Etudes*, I, 253; GIRARD, *Manuel*, 225, 3; cf. LABBÉ, sur Ortolan, III, 715.

(3) P. 171. C., II, 44, 2-4.

(4) C., II, 44, 3; V, 74, 3.

la famille paternelle : il appartient à la fois à l'une et à l'autre.

La cognation résulte, non plus seulement de la filiation légitime, de l'adoption, de la naissance hors mariage d'une mère citoyenne romaine (p. 79) ou esclave (1), mais aussi de la légitimation par mariage subséquent ou par rescrit du prince et du concubinat (2).

II. Le mariage. — Le droit du Bas-Empire diffère du droit classique sur le mariage à plusieurs points de vue : il est hostile au divorce et aux secondes noces en considération des enfants nés du mariage; il admet le célibat et abolit les peines établies par les lois caducaires; il abroge les lois décimaires et rend aux conjoints qui n'ont pas d'enfants vivants la liberté de disposer de leurs biens. Il supprime la poursuite publique en cas d'adultère; il consacre l'usage des gains de survie, le principe de la réciprocité soit quant aux rapports personnels des époux, soit quant à leurs rapports pécuniaires. A d'autres égards, il a développé certaines idées qui s'étaient fait jour à l'époque classique : exiger le consentement des parents dans une pensée de protection pour les enfants (p. 88) ; supprimer les obstacles au mariage résultant du défaut de consentement du chef de famille (p. 82); substituer l'autorité maritale à la puissance paternelle (p. 96, 5).

§ 1er. *Formation du mariage.* — Le mariage se forme par l'accord des volontés des futurs époux (3). Les cérémonies religieuses qui, chez les païens, accompagnaient souvent le mariage, sont remplacées chez les chrétiens par un usage nouveau : la bénédiction nuptiale donnée par un prêtre (4). Pour faciliter la preuve du mariage, en l'absence d'écrit ou de témoins, Théodose II décide que la cohabitation fait présumer le mariage entre personnes de condition égale (5); depuis Justin, il suffit que les personnes soient libres et ingénues; mais pour les per-

(1) P. 129. La *cognatio servilis* produit deux effets nouveaux : 1° les ascendants et les frères et sœurs d'un affranchi citoyen mort sans postérité ont droit, s'ils sont eux-mêmes citoyens, à la moitié de sa succession (Nov. *Val*, 24, 1, 7); 2° les enfants d'un affranchi, à quelque époque qu'ils aient reçu la liberté, ont les mêmes droits de succession que ses enfants légitimes (Just., C., VI, 57, 6 ; VI, 4, 4, 9-13).

(2) Nov., 18, 5. La reconnaissance de l'enfant par son père, si elle est faite *apud acta* ou dans un acte public ou par testament, confère à l'enfant un droit de succession comme s'il était légitime, mais il faut que l'enfant soit né d'une femme libre et qu'il n'y ait pas eu d'obstacle au mariage lors de la conception (Nov., 117, 2).

(3) Theod., C., V, 17, 8.

(4) T. Ier, 210, 1 et 3. Tertull., *De monog.*, 11; *ad uxor.*, 2, 8. Cet usage n'a été consacré par la loi qu'à la fin du ixe siècle (Nov. *Leonis*, 89).

(5) Pour écarter cette présomption, il fallait une déclaration devant témoins. Cela résulte d'un texte interpolé de Marcien (D., XXV, 7, 3 : *Sine testatione hoc manifestum faciente non conceditur*). Cf. sur l'interpolation, Accarias, I, 251, 2.

sonnes illustres, Justinien exige la rédaction d'un contrat de mariage (1); à défaut, il y a concubinat.

Comme à l'époque antérieure le mariage est ordinairement précédé de fiançailles, mais il n'est plus permis de les rompre sans motif, sous peine de perdre les présents qu'on a faits (2).

Le consentement du chef de famille est nécessaire pour la validité du mariage; mais si le père est absent et qu'on ignore où il est, on pourra passer outre après un délai de trois ans depuis son départ (p. 172, 6); si le père est fou, son consentement n'est pas exigé (3). A l'inverse, la femme *sui juris* ne peut, avant vingt-cinq ans révolus, se marier sans le consentement de son père; à défaut de père, elle doit avoir le consentement de sa mère; à défaut de mère, celui de ses plus proches cognats (4). Le consentement n'est plus requis ici par déférence pour le chef de famille, mais dans une pensée de protection (p. 88, 1). Cette règle n'a pas été étendue au cas où la femme est *alieni juris*.

Les empêchements à mariage sont plus rigoureux qu'à l'époque antérieure : le mariage est interdit sous des peines sévères entre l'oncle et la nièce (5), entre beau-frère et belle-sœur (6). Il est défendu à un Romain d'épouser une barbare, à un chrétien d'épouser une juive et réciproquement, à un sénateur d'épouser une femme de condition vile (7). Dans ces divers cas, le

(1) C., V, 4, 22 (préfecture d'Orient) ; 23, 7; Nov., 74, 4. Pour les hauts fonctionnaires, on se contente d'un écrit dressé par le *defensor civitatis* en présence de 3 *clerici* (abrogé par Nov., 117, 4).

(2) Constantin, C., V, 3, 15. Sous l'influence du christianisme (voir les textes cités par Godefroy, ad C. Th., III, 5, 5), la fiancée acquiert, après le baiser de fiançailles, un droit que la mort ne peut lui enlever : Constantin lui permet ainsi qu'à ses héritiers de garder la moitié des présents qu'elle a reçus (*ibid.*, 16 : rescrit adressé au vicaire d'Espagne). Par une juste réciprocité, lorsqu'elle a, suivant l'usage, accepté des arrhes (*arrha sponsalicia*), elle ne peut se dédire sans une cause légitime; sinon elle encourt la peine du quadruple (Theod. I, C. Th., III, 5, 11 : Illyrie), réduite plus tard au double (Leo, C., V, 1, 5). Cf. sur ce texte Riccobono, *Arra sponsalicia*, 1901; Krueger, *Z. Sav. St.*, XXII, 52.

(3) P. 163, 7. Justinien autorise le curateur du fou à constituer à l'enfant une dot ou une donation *ante nuptias;* le montant en est fixé par le préfet de la ville ou dans les provinces par le gouverneur ou l'évèque (C., V, 4, 25).

(4) Valent., Val., Grat., C., V, 4, 18; Honor., *eod.*, 20 (adressé, en 409, au préfet d'Italie Theodorus, dont le père était chrétien et ami de saint Augustin).

(5) Constantius, Constans, C. Th., III, 12, 1 (province de Phénicie).

(6) Constantius, *eod.*, 2 (au vicaire de Rome). Les mariages entre cousins germains furent prohibés à l'instigation de saint Ambroise (*ep.* 60); mais la défense fut levée, du moins en Orient, par Arcadius (C., V, 4, 19).

(7) Valent., Val., C. Th., III, 14, 1; Valent., Theod., Arc., C., I, 9, 6; Constantin, C., V, 27, 1. A l'occasion du mariage de Justinien avec Theodora, exception fut faite par Justin pour les comédiennes qui ont renoncé à leur profession (C., V, 4, 23, 1). On ne connaît pas la date de cette loi, mais elle fut adressée à Démosthène, préfet d'Orient en 521 et peut-être jusqu'en 524. Justinien supprima l'empêchement à mariage relatif aux sénateurs (Nov., 117, 6).

mariage est nul, et les contrevenants encourent la peine de mort en cas de mariage entre oncle et nièce, entre Romains et barbares; la confiscation des biens et la déchéance partielle du droit de disposer et de recevoir à titre gratuit, en cas d'inceste (1). Il y a là un excès de rigueur, un défaut de mesure que l'on constate trop souvent dans la législation du Bas-Empire (2).

§ 2. *Dissolution du mariage.* — Le principe nouveau qui domine la matière, a été consacré par Constantin et formulé par Théodose II : on doit être plus exigeant pour la dissolution du mariage que pour sa formation; c'est l'intérêt des enfants qui le commande (3). De là deux conséquences : 1° la captivité de l'un des époux n'empêche pas le mariage de subsister. Justinien permet toutefois au conjoint de se remarier au bout de cinq ans si l'existence du captif est incertaine (4); 2° la répudiation unilatérale ne peut avoir lieu que pour des causes déterminées par la loi (5) ; sinon le conjoint qui a provoqué la rupture du mariage est sévèrement puni : si c'est la femme, elle perd sa dot et la donation *ante nuptias* que le mari lui a faite; elle ne peut se remarier avant cinq ans; si c'est le mari, il rend la dot et perd sa donation. A défaut de dot ou de donation *a. n.*, le conjoint coupable perd un quart de son patrimoine, au maximum 100 livres d'or (6). Le droit de répudiation subsiste donc en théorie, mais son exercice est restreint par la crainte des pénalités édictées par la loi. Seul le divorce *bona gratia* est admis sans réserve, mais la femme ne peut se remarier avant un an (7).

§ 3. *Seconds mariages.* — Les seconds mariages ne sont ni encouragés comme au temps des lois caducaires, ni défendus (8); mais par une très heureuse innovation, des mesures ont été prises dans l'intérêt des enfants du premier lit. Le conjoint qui

(1) P. 89, 4. VAL., THEOD., ARC., C., V, 5, 4; ARCAD., *eod.*, 6 (préfecture d'Orient); Nov., 12, 1. Le crime de rapt est puni de mort (CONSTANTIN, C. Th., IX, 24, 1; INST., IV, 18, 8).

(2) Cf. DE BROGLIE, *l'Eglise et l'empire romain au* IVe *siècle*, VI, 116.

(3) C., V, 17, 8 pr. (préfecture d'Orient). Cf. LEFEBVRE, *Leçons*, 203.

(4) Nov., 22, 7.

(5) C. Th., III, 16, 1; C., V, 17, 8 (adultère, inconduite, voies de fait, attentat à la vie du conjoint, etc.).

(6) JUST., C., V, 17, 11; cf. Nov., 117, 8-9; 12-13. D'après Constantin, la femme devait être exilée; le mari ne pouvait se remarier.

(7) ANASTAS., C., V, 17, 9. En 542, Justinien défendit le divorce, sauf pour cause de vœu de chasteté ou d'entrée en religion (Nov., 117, 10); mais une des premières mesures de son successeur fut de le rétablir (Nov., 140).

(8) La veuve ne peut, sous peine d'infamie, se remarier avant un an. Théodose Ier a prolongé de deux mois le délai fixé par le droit classique (p. 99, 2). La femme est en outre déchue de tout ce qu'elle a reçu de son mari à cause de mort ou par donation *a. n.* (C. Th., III, 8, 1; C., V, 9, 2).

se remarie (*parens binubus*) est frappé de certaines déchéances : 1° Théodose Ier défend à la veuve remariée de disposer des biens qu'elle a reçus à titre gratuit (*lucra nuptialia*) de son premier mari : la propriété en est réservée aux enfants du premier lit ; la mère n'en a que la jouissance et l'administration. Théodose II étendit cette règle au veuf remarié (1). 2° Léon Ier défend au conjoint remarié de disposer à cause de mort, au profit de son nouveau conjoint, d'une part supérieure à celle de l'enfant du premier lit le moins favorisé (2).

§ 4. *Effets du mariage quant aux conjoints.* — Les effets du mariage ne sont plus modifiés par la *manus :* on trouve encore la trace de cette institution au temps des Sévères, mais au ve siècle la *coemptio* était depuis longtemps en désuétude (3). Les effets du mariage au Bas-Empire sont donc en principe ceux du mariage *sine manu;* ils s'en distinguent à plusieurs égards : 1° en droit classique, l'indépendance des époux n'était restreinte que par les devoirs de cohabitation et de fidélité; ces devoirs avaient paru résulter de la notion même du mariage : la communauté d'existence n'était possible qu'à cette double condition. Mais la sanction était insuffisante (p. 95) : elle n'était guère efficace sauf à l'égard de la femme adultère. Les empereurs chrétiens, à l'instigation des Pères de l'Eglise, ont rendu réciproque le devoir de fidélité : le mari n'a plus seulement à craindre, en cas de répudiation *ob mores*, de perdre le bénéfice des délais accordés pour la restitution de la dot (p. 111); il perd aussi sa donation *ante nuptias* (4). S'il y a eu sous ce rapport progrès du droit, on n'a pu se résoudre à supprimer l'inégalité qui existait quant à la sanction de l'adultère; on l'a même aggravée, peut-être sous l'influence des coutumes orientales : on inflige à la femme la peine du parricide (5) ; 2° Constantin refuse aux tiers le droit de poursuivre la femme adultère. Il estime qu'il ne leur appartient pas de se faire juges de sa conduite, et que le droit qu'ils tenaient de la loi Julia était une source d'abus et de scandales. Seuls, le mari et les proches parents ont qualité pour intenter l'accusation (6) ; 3° la bigamie est interdite à tous les sujets de l'em-

(1) C., V, 9, 3 et 5; cf. Nov., 22, 21, 1; 22, 26, 1. Cf. p. 831, 4.
(2) C., V, 9, 6; Nov., 23, 27-28. Cf. C. civ., 1098.
(3) Pap., Paul, *Collat.,* IV, 7; IV, 2, 3; Serv., *ad Æn.*, IV, 214.
(4) P. 809. C., V, 17, 8, 5.
(5) Constans, C. Th., XI, 36, 4 (adressée à Catullinus, vicaire d'Afrique). Justinien remplace cette peine par celle de la fustigation et de la réclusion dans un monastère où la femme reste enfermée à perpétuité, à moins que le mari ne la réclame dans le délai de deux ans (Nov., 134, 10).
(6) C., IX, 9, 30 pr.

pire : elle donne lieu à une peine corporelle laissée à l'appréciation du magistrat ; sous Justinien, elle est punie de mort (1) ; 4° la femme n'est pas seulement obligée d'habiter avec son mari, elle doit aussi se conformer à ses avis pour sa conduite extérieure (2) ; c'est une idée nouvelle qui se fait jour, celle de la subordination de la femme au mari (3).

§ 5. *Effets du mariage quant aux biens.* — La législation, en cette matière, a subi des fluctuations. Pourtant, trois idées nouvelles se font jour qui, tantôt accueillies, tantôt écartées par les empereurs byzantins, ont fini par prévaloir en droit moderne : 1° les biens des époux forment une masse commune administrée par le mari avec le concours de la femme ; 2° la dot forme un patrimoine familial qui, au décès de la femme, doit passer aux enfants de préférence au mari, et même au père de la femme lorsque la dot est profectice ; 3° le mari aussi bien que la femme peut faire un apport. Cet apport, qui a lieu sous la forme d'une donation *ante nuptias* (4), est considéré comme la contre-partie de la dot. L'exposé des règles sur les paraphernaux, la dot et la donation *ante nuptias* fournira la preuve de ces tendances nouvelles de la législation.

§ 6. *Les paraphernaux et la renonciation au Velléien.* — Les paraphernaux qui assurent à la femme son indépendance vis-à-vis du mari, diminuent d'importance sous Justinien : les femmes se constituent en dot la majeure partie de leurs biens ; pour le surplus, l'usage se répand de confier au mari le mandat de les administrer (5). Le christianisme favorise cet usage : les Pères de l'Eglise enseignent que le mari doit être le chef de l'union conjugale. Mais, la prééminence attribuée au mari ne va pas jusqu'à anéantir le droit de la femme : comme tout mandataire, le mari doit agir d'accord avec son mandant ; il ne peut aller contre sa volonté (6). Le pouvoir d'administrer conféré au mari est si large, qu'il s'applique à l'aliénation des immeubles de la femme mineure de vingt-cinq ans : d'après Constantin, un décret du magistrat n'est pas nécessaire. Cette

(1) Au temps de Valérien et Gallien, la bigamie n'était défendue qu'aux citoyens romains (C., IX, 9, 18). Dioclétien a étendu la défense à tous ceux qui *sub ditione sint Romani nominis* (C., V, 5, 2). Theoph., ad Inst., I, 10, 6. Pour l'époque antérieure, voir p. 98, 3.

(2) C., V, 17, 8, 3, v[is] *aut extraneorum virorum.*

(3) C'est la doctrine de saint Ambroise (Ep. *ad Vercel. : Vir uxorem tanquam gubernator dirigat)* et de saint Augustin (Ep. 262). Cf. Lefebvre, *Leçons*, 191 ; 493.

(4) En droit moderne, l'apport du mari comme celui de la femme est qualifié dot (C. civ., 1438-1439).

(5) C., VIII, 18, 12 pr. *Consultatio*, II, 1-4 (rédigée au début du VI[e] siècle).

(6) Theod. II, C., V, 14, 8 (préfecture d'Orient).

dérogation au droit antérieur, inspirée par le droit grec, a été supprimée par Julien (1). C'est un des nombreux exemples des tendances réactionnaires de cet empereur (2).

L'administration par le mari devait conduire à la jouissance en commun des paraphernaux. Obliger le mari à rendre compte des fruits perçus et consommés pour les besoins du ménage eût donné lieu à des règlements de comptes inextricables. Valentinien III refuse à la veuve le droit de réclamer les fruits de ses paraphernaux : cette prétention lui paraît inconvenante à l'égard des enfants communs, héritiers de leur père. Cette règle, établie pour l'empire d'Occident, ne paraît pas avoir été suivie en Orient : la seule faveur accordée par Justinien au mari mandataire de sa femme est de ne le rendre responsable que de ses fautes *in concreto;* mais la femme obtient pour sûreté de sa créance en reddition de comptes une hypothèque légale sur les biens de son mari (3).

Ainsi s'efface peu à peu dans une partie de l'empire, l'opposition d'intérêts existant entre le mari et la femme quant à leurs rapports pécuniaires. Il restait encore un obstacle : le Sc. Velléien empêchait la femme d'intercéder pour son mari, de le soutenir de son crédit et de réaliser à ce point de vue le *consortium totius vitæ* que suppose le mariage. Mais l'usage s'introduit au Bas-Empire de permettre à la femme de renoncer au bénéfice du Velléien : il est à remarquer que le code Théodosien ne rappelle pas la prohibition de ce Sc. et que, dans le titre du code de Justinien qui s'y réfère, il n'y a aucune loi des empereurs des IVe et Ve siècles. La première loi postérieure à Dioclétien est d'Anastase en 517 : elle consacre le droit de la femme de renoncer au Velléien. En 556, Justinien rétablit la défense d'intercéder telle qu'elle avait été conçue par les édits d'Auguste et de Claude : la femme est capable d'intercéder pour les tiers, mais non pour son mari (4). Justinien ne s'en tint pas là : préoccupé de protéger la femme contre elle-même, il la déclara incapable de consentir à l'aliénation du fonds dotal. L'action commune du mari et de la femme est désormais impossible.

§ 7. *La dot.* — Les innovations introduites dans le régime dotal ont eu pour but : 1° de conférer aux enfants un droit sur la dot aux dépens soit du mari, soit du père de la femme lorsque

(1) C. Th., III, 1, 3.
(2) Ammian., XVI, 21 : *Julianum, memoriam Constantini, ut novatoris turbatorisque priscarum legum et moris antiquitus recepti, vexasse.*
(3) Nov. *Val.*, XIII, 1-2 (Italie); Just., C., V, 14, 11, 2.
(4) C., IV, 29, 21; Nov., 134, 8. Cf. p. 557.

la dot est profectice; 2° d'assurer à la femme la restitution intégrale de sa dot à la dissolution du mariage.

1° D'après une loi attribuée à Théodose II (1), le mari survivant recueille la dot au nom et dans l'intérêt de ses enfants; s'ils sont morts avant leur mère, le mari garde 1/6 de la dot pour chaque enfant, la moitié au maximum; le reste revient au père de la femme; si le mariage a été stérile, la part attribuée au mari dépend de la durée du mariage; le maximum reste le même. Le droit du mari de garder la dot est donc restreint soit en présence des enfants, soit à défaut d'enfants en présence du père de la femme. De même, le droit du père à la dot profectice est exclu en présence des enfants de sa fille; dans le cas contraire, il est restreint à la portion qui n'est pas réservée au mari; mais ici on n'a pas à rechercher si la dot est ou non profectice. Une réaction paraît s'être produite sous le règne de Léon : on ne tient plus compte de l'intérêt des enfants; le mari survivant garde toujours la moitié de la dot. Mais Justinien consacra le principe introduit par Théodose en faveur des enfants et l'appliqua d'une manière plus radicale : le mari ne garde jamais la dot (2); la dot doit toujours revenir à la femme ou à ses héritiers, à moins qu'elle n'ait été constituée par un tiers qui en a stipulé la restitution à son profit.

2° Pour atteindre son but, Justinien a transformé l'action *rei uxoriæ* et accordé à la femme des sûretés nouvelles. Jusqu'alors, en cas de prédécès de la femme, le mari, à défaut de stipulation, gardait la dot; les héritiers de la femme ne pouvaient exercer l'action *rei uxoriæ*. Justinien sous-entend la stipulation de restitution au profit de la femme : l'action *rei uxoriæ* est donc remplacée par l'action contractuelle *ex stipulatu* (p. 109), qui est transmissible aux héritiers et ne comporte aucune retenue si ce n'est pour les impenses nécessaires (3). Mais Jus-

(1) Livre de droit syro-romain (L. 29). L'autorité de ce document, qui ne s'inspire pas toujours du droit romain, serait insuffisante si elle n'était confirmée par ce que nous savons sur les droits analogues accordés aux enfants sur la donation *ante nuptias*. L'attribution à Théodose II des règles ci-après soulève des doutes parce qu'elles ne concordent pas avec les lois de ce prince relatives à la dissolution du mariage (cf. Mitteis, *Reichsrecht*, 249). De même la réaction opérée par Léon ne convient guère aux tendances de ce prince qui suivait volontiers les inspirations des évêques (cf. Tillemont, *Hist. des Empereurs*, VI, 364).

(2) C., V, 13, 1, 6 : *Ut dos non in mariti lucrum cedat, nisi ex quibusdam pactionibus*. Cette réforme était la conséquence logique de la situation faite aux enfants depuis Marc-Aurèle : anciennement le mari gardait la dot à la dissolution du mariage, parce que c'était le moyen le plus simple de leur faire parvenir les biens de leur mère (I, 231). La règle perdit sa raison d'être lorsque le Sc. Orfitien appela les enfants à la succession maternelle.

(3) Inst., IV, 6, 37. Pour les impenses utiles, le mari les réclamera par l'action

tinien a modifié les effets de cette action qu'il dénature en la classant parmi les actions de bonne foi. *a*) La femme ne peut exiger la restitution immédiate de ses meubles ; le mari a un délai d'un an pour se libérer. Cette règle, très équitable lorsqu'il s'agit de quantités que le mari ne peut conserver à sa disposition, est injustifiable pour les corps certains mobiliers : le droit classique s'était bien gardé de donner à la dispense une portée aussi étendue (p. 111, 2). *b*) Le mari insolvable jouit du bénéfice de compétence. *c*) La femme n'est plus forcée d'opter entre la restitution de sa dot et le legs fait par son mari (p. 113) : on ne présume pas qu'en faisant une libéralité le mari a entendu acquitter sa dette. *d*) Si la femme est *alieni juris* et que la dot soit profectice, le père qui en a stipulé la restitution ne peut la réclamer sans le concours de sa fille (p. 110, 6) ; après sa mort, la fille seule a qualité pour agir (1). *e*) La créance de la femme est garantie par une hypothèque privilégiée sur les biens dotaux. Un an plus tard, Justinien accorda à la femme une hypothèque sur les biens du mari (p. 724, 1) ; l'année suivante, cette hypothèque, qui prend rang à la date du mariage alors même qu'elle garantit une créance née postérieurement, a été, par une faveur nouvelle, déclarée privilégiée : la femme est préférée aux créanciers qui ont obtenu hypothèque avant le mariage. Justinien ne s'est pas aperçu que cette faveur excessive était la ruine du crédit public (2).

Ces innovations eurent pour résultat d'attribuer à la dot un caractère essentiellement temporaire. Le droit du mari mérite-t-il encore le nom de propriété ? N'est-ce pas plutôt un droit de jouissance et d'administration ? Telle serait la conséquence logique de la situation nouvelle faite au mari. Si les classiques considéraient la dot comme étant dans les biens de la femme (p. 109, 2), on devait plus encore au VIe siècle affirmer qu'elle restait sa propriété. Justinien en eut sans nul doute la pensée, dans une loi de 529 (3) ; mais il paraît l'avoir abandonnée en 530,

mandati s'il les a faites avec l'assentiment de la femme ; sinon par l'action *negotiorum gestorum* (C., V, 13, 1, 5).

(1) Si la femme a été émancipée ou exhérédée par son père et que la dot soit profectice, c'est une question de savoir si le père qui a stipulé la restitution exclura la femme et les enfants issus du mariage. La législation antérieure depuis Théodose était peu favorable au père, et il n'y aurait pas de raison de croire que Justinien ait innové sur ce point s'il n'avait recueilli au Digeste quelques décisions rappelant le droit du père sur la dot profectice.

(2) C., V, 12, 30 de 529 ; C., V, 13, 1 de 530 ; C., VIII, 18, 12 pr., de 531. Justinien avoue qu'il a cédé à des influences féminines : *Adsiduis aditionibus mulierum inquietati sumus*. L'hypothèque privilégiée a été supprimée par C. civ., 1572.

(3) Dans cette loi déjà citée, il donne à la femme le choix entre l'action en reven-

lorsqu'il défendit au mari d'aliéner le fonds dotal avec le consentement de sa femme.

§ 8. *La donation* ante nuptias. — La donation *a. n.* est une libéralité faite par le futur mari à sa fiancée. Pendant longtemps elle ne se distingua en rien des autres donations (1), sauf qu'elle n'était pas soumise à la loi Cincia : c'était un simple cadeau dont le montant était laissé à la discrétion du fiancé (2). A partir de Constantin, sous l'influence des coutumes orientales, la donation *a. n.* devient une institution soumise à des règles particulières (3), et qui tient une place importante dans l'histoire du régime matrimonial du Bas-Empire (4). A cette époque, la donation *a. n.* est un apport dont la valeur fut d'abord fixée à la moitié de la dot (5) et qui a pour but d'assurer à la femme survivante ou répudiée des moyens d'existence plus larges que ceux qu'elle trouvera dans sa dot (6). C'est à la fois un gain de survie et une garantie contre une répudiation injustifiée (7). Il parut inique que le mari survivant conservât la dot et que la femme n'eût aucun droit sur les biens du mari lorsqu'il ne lui laissait

dication et l'action hypothécaire privilégiée sur les biens dotaux : la première action suppose que la femme est propriétaire ; la seconde, qu'elle ne l'est pas. La contradiction est formelle; on a proposé plusieurs moyens de la faire disparaître (cf. P. Gide, *la Femme*, 536; Labbé, sur Ortolan, III, 939). L'explication la plus simple est celle qui considère cette revendication comme une action utile cédée par le mari (p. 107, 9); l'action hypothécaire privilégiée permettrait à la femme de primer les créanciers hypothécaires du mari. Mais on ne voit pas pourquoi Justinien s'efforcerait de justifier la concession de la revendication en opposant le droit naturel (d'après lequel la femme reste propriétaire de sa dot) à la subtilité des lois. Peut-être, en cherchant dans la loi de 529 une solution ferme de la question, a-t-on prêté à Justinien un esprit de décision qui lui a manqué. Il n'a pas su opter entre la doctrine des classiques qui affirment le droit de propriété du mari et les usages helléniques qui conservent à la femme la propriété de sa dot (voir l'édit de Tib. Julius Alexander, et les textes cités par Mitteis, *Reichsr.*, 242) : l'essentiel, à ses yeux, était de fournir à la femme les moyens les plus efficaces de recouvrer sa dot.

(1) *Vat. fr.*, 262; 302. C'est une *donatio simplex* qui reste acquise à la fiancée même si le mariage n'a pas lieu. Depuis Constantin, cette donation doit être rendue si le mariage n'a pas lieu par le fait de la femme ou de son père (p. 802, 2).

(2) C'est la *sponsalicia largitas* ou le *præmium pudicitiæ* (Constantin, C., V, 16, 24). Cf. Lefebvre, *Leçons*, 223.

(3) Inst., II, 7, 3 : *Quod veteribus... prudentibus erat incognitum postea autem a junioribus divis principibus introductum est.* Les constitutions insérées au Code ne sont pas antérieures à Sévère ; il y en a sept de Dioclétien ; l'une d'elles prévoit la donation d'un fonds de terre (C., V, 3, 8).

(4) En Orient, la rédaction d'un contrat de mariage contenant une dot et une donation *a. n.* est la condition d'un légitime mariage. Cet usage fut étendu à l'Italie par Majorien en 458 (Nov. *Maj.*, VI, 9).

(5) Livre de droit syro-romain, p. 40. Cf. Mitteis, *Reichs.*, 256.

(6) En Occident, on s'en remettait à la bonne volonté du mari qui, dans son testament, devait pourvoir aux besoins de sa veuve (p. 113, 4; 273).

(7) Livre de droit syro-romain, p. 38. Cf. Honor., C. Th., III, 16, 2. Aucune stipulation n'est exigée : *a. n. donationem... legibus vindicare censemus* (Theod., C., V, 17, 8, 4).

aucun legs. Au v[e] siècle apparaît une conception nouvelle : la donation *a. n.* forme avec la dot un patrimoine de famille qui doit être conservé et transmis aux enfants après la mort de leur mère. Dès lors, le rapprochement de la donation *a. n.* et de la dot devient de plus en plus étroit : la donation *a. n.* est comme le pendant ou la contre-partie de la dot (1).

L'assimilation de la donation *a. n.* à la dot fut admise d'autant plus aisément que, dans l'usage, la femme, après avoir reçu la donation, la rendait au mari comme un augment de sa dot (2). Mais les empereurs byzantins en déduisirent des conséquences excessives et parfois injustifiables.

a) Léon I[er] reprenant l'idée antique de la rétention *ob mores,* décide que le conjoint qui divorce sans cause perd la dot ou la donation *a. n.* La défaveur pour le divorce motive l'aggravation de la pénalité. La dot et la donation *a. n.* deviennent une sorte d'assurance contre le divorce.

b) Le conjoint survivant reprend son apport et la moitié de l'apport de son conjoint décédé. En apparence, les époux sont traités sur le pied de l'égalité ; mais cette égalité n'est pas réelle, car le mari a plus de facilité que la femme pour se procurer des moyens d'existence ; on lui fait donc un avantage injustifié en lui donnant la moitié de la dot au préjudice des enfants ou des héritiers de la femme. A l'inverse, la femme survivante est sacrifiée : on la prive sans motif de la moitié de la donation *a. n.* qui lui a été constituée pour subvenir à ses besoins (3).

c) La symétrie que Léon avait cherché à établir entre la donation *a. n.* et la dot dans un cas spécial, était bien peu raisonnable; mais que dire de la législation de Justinien qui pose en principe l'égalité absolue de la donation *a. n.* et de la dot? Non seulement on applique à la donation les règles de la dot, mais on exige que la valeur de la donation soit égale à celle de la dot, quelle que soit la fortune respective des époux (4). C'était à la

(1) THEOD. II, C., VI, 61, 3; NOV., 4 : *Altera dos;* JUST., V, 3, 20 : ἀντιφερνα.

(2) Nov. *Theod*, 14, 1. Cet usage existait même pour la *sponsalicia largitas.* (PIUS, ap. PAUL, D., VI, 2, 12 pr. ; SEV., C., V, 3, 1; PAUL, II, 23, 7). Sur l'usage en Egypte de la *d. a. n. in dotem redacta*, MITTEIS, *Arch. f. Papyr.*, I, 348. Sous Justinien, le mari se contente de promettre la donation *a. n.*, l'exécution de cette promesse est reportée à la dissolution du mariage si la femme est dans le cas de l'exiger Par exception, la femme peut agir durant le mariage si le mari devient insolvable (JUST., C., V, 12, 29).

(3) Cette règle, comme la précédente, est attribuée à Léon par le livre syro-romain. On essaya d'en corriger l'effet en insérant dans les contrats de mariage un pacte *de lucranda donatione* au profit de la femme; mais Léon (C., V. 14, 9) en subordonna la validité à la condition que le mari obtiendrait un droit analogue sur la dot.

(4) Nov., 97 pr., 1. Dispense d'insinuation : Nov., 119, 1. Obligation pour le père

fois restreindre arbitrairement la liberté des conventions matrimoniales et dénaturer la donation *a. n.* Justinien en eut conscience : il changea le nom de cette institution. La donation pouvant comme la dot être constituée durant le mariage, n'est plus une véritable donation, car les donations entre époux sont interdites : c'est une *donatio propter nuptias* (1).

CHAPITRE III

Puissance paternelle.

La puissance paternelle a été modifiée au triple point de vue des faits qui l'engendrent ou qui l'éteignent, des effets qu'elle produit.

I. Sources. — La puissance paternelle résulte de la procréation en mariage légitime, de l'adrogation, de l'adoption, de la légitimation. Les innovations ont trait à l'adoption et à la légitimation.

§ 1er. *Adoption.* — L'adoption a été modifiée par Justinien dans sa forme et dans ses effets : il suffit d'une déclaration faite par le père naturel devant le magistrat et enregistrée dans les actes publics en présence de l'adopté et du père adoptif (2). L'adoption ne confère plus en principe la puissance paternelle : l'adopté reste dans sa famille naturelle et acquiert seulement un droit à la succession *ab* intestat de l'adoptant. Cette innovation eut pour but de supprimer une iniquité : jusqu'alors, l'adopté perdait tout droit à la succession de son père naturel, et, s'il venait à être émancipé, il perdait ses droits à la succession de son père adoptif. Le Préteur avait corrigé cette iniquité, lorsque l'adopté était émancipé du vivant de son père naturel, grâce à la *bonorum possessio unde liberi.* Dans le cas contraire, il n'y avait aucun remède. Justinien décida que l'adopté ne sortirait pas de sa famille naturelle, sauf deux cas : 1° lorsque l'adoptant est un

de constituer à son fils une donation *a. n.* : C., V, 11, 7. Inaliénabilité des immeubles, même avec le consentement de la femme, à moins que le mari ne soit solvable et que la femme ne renouvelle son consentement au bout de deux ans (Nov., 61) : c'est une atténuation à la règle applicable à la dot. Hypothèque légale non privilégiée (C., VIII, 18, 12, 2).

(1) Justinus, V, 3, 19; Inst., II, 7, 3.

(2) Inst., I, 12, 8. Le magistrat n'a pas un droit de contrôle comme en droit moderne où l'on exige l'homologation du tribunal et de la cour d'appel (C. civ., 353-360).

ascendant (1) : l'adopté étant ici uni à l'adoptant par les liens du sang, il y a bien moins à craindre une émancipation que si l'adoptant est un étranger ; 2° lorsque l'adopté n'a pas actuellement de droit de succession dans sa famille naturelle parce qu'il est primé par son père. Mais ici l'exception n'est admise que si, à la mort du grand-père naturel, le père de l'adopté vit encore ; s'il est prédécédé, l'adopté étant en ordre utile pour succéder, on applique la règle générale.

§ 2. *Légitimation.* — La légitimation est l'acte par lequel on donne aux enfants nés du concubinat la qualité d'enfants légitimes en les relevant du vice de leur naissance. En cela elle diffère de l'adrogation qui peut aussi s'appliquer à un enfant naturel (2), mais qui n'efface pas sa condition originaire. La légitimation s'inspire d'un sentiment de bienveillance à l'égard des enfants naturels. Elle apparaît à une époque où, sous l'influence du christianisme, le concubinat est considéré comme un désordre et entraîne une souillure pour les enfants qui en sont issus ; c'est aussi l'époque où la loi frappe l'enfant né hors mariage et sa mère d'une incapacité totale ou partielle de recevoir à titre gratuit. Dans une pensée généreuse et morale, Constantin permet aux père et mère de réparer leur faute en régularisant leur situation par un *mariage subséquent.*

Aux IVe et Ve siècles, cette légitimation ne fut autorisée que par exception et à titre transitoire : on n'en connaît qu'un autre exemple, sous le règne de Zénon. La loi ne pouvait encourager pour l'avenir une sorte d'union que la religion réprouvait. En 517, l'intérêt des enfants fit renoncer à cette réserve : Anastase autorisa ceux qui n'avaient pas d'enfants légitimes à légitimer par mariage subséquent les enfants nés ou à naître de la femme qu'ils avaient *uxoris loco :* ces enfants passaient sous la puissance de leur père, acquéraient un droit à sa succession *ab* intestat, devenaient capables de recevoir de lui à titre gratuit. Deux ans après, Justin rétablit le régime antérieur, mais Justinien fit de la légitimation par mariage subséquent une institution permanente sous trois conditions : 1° que la mère soit une femme libre ; jusqu'alors on exigeait qu'elle fût ingénue ; 2° que

(1) C., VIII, 47, 10 pr. Il s'agit d'un ascendant qui n'a pas la puissance sur l'adopté : ascendant maternel, aïeul paternel d'un enfant conçu après l'émancipation de son fils, père émancipé après la naissance de son fils qui est resté sous la puissance du grand-père.

(2) ANASTAS., C., V, 27, 6, 1 (préfecture d'Orient). Cette adrogation fut interdite à partir de 519 (JUSTIN., *cod.*, 7 ; Nov., 74, 3 ; 89, 7). D'après Lactance (*De morte persec.*, 50), l'impératrice Valeria, étant restée stérile, aurait adopté un enfant que Galère avait eu d'une concubine.

le mariage ait été possible au jour de la conception de l'enfant; les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent être légitimés; 3° qu'il y ait un contrat de mariage pour marquer la transformation du concubinat en justes noces (1). Contrairement à ses prédécesseurs, Justinien admet la légitimation, alors même que le père a des enfants légitimes d'un précédent mariage (2).

Justinien a créé un nouveau mode de légitimation applicable au cas où le mariage subséquent n'est pas possible par suite du décès, de l'absence ou de l'indignité de la mère : c'est la légitimation *par rescrit* du prince. Elle peut être demandée soit par le père, soit même par les enfants après sa mort, s'il en a exprimé le vœu dans son testament. Mais on exige ici qu'il n'y ait pas d'enfants légitimes (3).

La légitimation par mariage subséquent ou par rescrit du prince confère au père la puissance sur ses enfants et procure à ceux-ci tous les droits des enfants légitimes. Il n'en est pas de même de la légitimation par *oblation à la curie*. Ce troisième mode fut consacré par Théodose II, pour faciliter le recrutement du corps des *curiales*, mais il n'a d'autre effet que de soustraire l'enfant naturel à l'incapacité de recevoir à titre gratuit. Le père qui, à défaut d'enfant légitime, fait inscrire un ou plusieurs de ses enfants naturels (4) dans l'ordre des décurions de sa cité (5), peut disposer à leur profit à titre gratuit comme si l'enfant était légitime (6). Sous Justinien, la légitimation par oblation à la curie est permise même en présence d'enfants légitimes : elle fait acquérir au père la puissance sur son fils et confère au fils un droit à la succession *ab* intestat de son père, sans que sa part puisse excéder celle de l'enfant légitime le moins prenant (7) : mais l'enfant légitimé reste ici étranger à la famille de son père.

(1) Inst., I, 10, 13; Zeno, Anast., Just., C., V, 27, 5-7.

(2) Nov., 12, 4; 18, 11; 78, 3-4. Exception pour le mariage subséquent d'un patron et de son affranchie (Nov., 18, 11).

(3) Nov., 74, 1-2 (538).

(4) Nov. Theod., 22, 8 : *Suscepta ex inæquali conjugio soboles.*

(5) S'il s'agit d'une fille, il suffit de la marier à un *curialis*. Le père devait constituer à l'enfant une fortune suffisante pour supporter les charges du décurionat. Cette fortune variait sans doute suivant les cités. En 342, dans le diocèse d'Orient et probablement pour la curie d'Antioche, elle devait être territoriale et dépasser vingt-cinq arpents, soit en biens propres, soit partie en biens propres, partie en biens affermés au domaine privé de l'empereur (C. Th., XII, 1, 33). — La légitimation peut avoir lieu après la mort du père s'il a laissé sa fortune à ses enfants naturels en exprimant le vœu qu'ils soient inscrits à la curie (Leo, C., V, 27, 4). Justinien permet aux enfants naturels de s'offrir eux-mêmes à la curie lorsqu'il n'y a pas d'enfants légitimes (Nov., 38, 2).

(6) La novelle, rendue en 443 sur la proposition du préfet d'Orient, fut faite également en vue de l'Occident : on en prévoit l'application à Rome et à Byzance.

(7) C., V, 27, 9, 3; Inst., I, 10, 13; III, 1, 2; Nov., 89, 2-6.

L'introduction de la légitimation dans le droit du Bas-Empire est due à la défaveur qui s'attache désormais au concubinat; jadis toléré par l'opinion publique (p. 91, 4), il est réprouvé par la religion (1). La loi, sans le proscrire, ne reste plus indifférente; elle manifeste son hostilité en frappant de certaines déchéances les enfants nés hors mariage et leur mère. Pour protéger la famille légitime, Constantin déclare ces enfants incapables de rien recevoir à titre gratuit de leur père (*qui pater dicitur*), soit directement, soit par personne interposée (2). Pour la première fois, la loi admet des rapports de paternité et de filiation formés hors mariage, non pas en faveur mais en haine des enfants naturels, pour restreindre leur capacité juridique. Mais, parmi ces enfants, Constantin met à part ceux qui sont nés du concubinat avec une femme ingénue : ceux qu'on appelle désormais enfants naturels ; il permet de les légitimer. Au VI[e] siècle, Justinien leur accorde une nouvelle prérogative : une part de la succession *ab* intestat de leur père, s'il ne laisse ni enfant ni femme légitimes : sinon ils ont droit à des aliments (3). Le concubinat produit dès lors une série d'effets juridiques : c'est une union inférieure au mariage (*inæquale conjugium*), moins honorable (*sine honesta celebratione matrimonii*), mais licite sous certaines conditions (4).

Bien différente est la situation des autres enfants nés hors mariage : 1° les enfants, nés de l'union d'un citoyen avec une esclave sont esclaves, donc incapables (5); ils ne peuvent être légitimés, sauf par oblation à la curie lorsque le père est décu-

(1) Bien avant sa conversion au christianisme et son mariage avec la fille de Maximien, Constantin avait eu de sa concubine Minervina (Aur. Vict., 41, 4; Zos, II, 20) un fils, Crispus, qu'il éleva au rang de César en 317.

(2) La même incapacité atteint la mère. — Parmi les lois de Constantin sur les enfants nés hors mariage, une seule a été conservée : celle qui concerne l'union d'un sénateur perfectissime avec une esclave, affranchie, comédienne, etc. (C., V, 27, 1); le sénateur qui veut faire passer pour légitimes ses enfants nés hors mariage encourt l'infamie et la perte du droit de cité; la mère peut être soumise à la torture. Les autres lois sont mentionnées par Valentinien I[er] qui en atténue la rigueur : par un rescrit adressé au préfet de Rome, il permet de disposer à titre gratuit, dans une mesure restreinte, au profit de l'enfant, né *ex consortio cujuslibet mulieris*, et de sa mère (C. Th., IV, 6, 4).

(3) Nov., 89, 12, 4 et 6.

(4) Nov. *Theod.*, 22, 8. *Legitima conjunctio*, par opposition à celle qui a lieu avec une esclave : Valent. II, C. Th., IV, 6, 7 (Italie). *Licita consuetudo :* Just., C., VI, 57, 5. Trois conditions sont requises : 1° que la femme soit de condition libre (Just., *l. c.*); 2° qu'elle soit *uxoris loco* dans la maison de celui avec qui elle vit (Anast., C., V, 27, 6; Nov., 89, 12, 4 : *Talibus enim solis hæc sancimus, ubi nulla omnino dubitatio est neque de concubina in domo habita neque de liberis ibidem et procreatis et educatis*); 3° qu'il n'y ait qu'une seule concubine (Nov., 89, 12, 5).

(5) Constantin, C. Th., IV, 8, 7.

rion et n'a pas d'enfants légitimes ; 2° les enfants *vulgo concepti*, qui n'ont pas de père certain, restent soumis au droit commun ; mais, par une rigueur nouvelle, Justinien les exclut de la succession de leur mère, lorsqu'elle est illustre ; 3° les enfants adultérins ou incestueux sont incapables de rien recevoir à titre gratuit, soit de leur père, soit de leur mère : ils n'ont même pas droit à des aliments. C'est là un excès de dureté et un nouvel exemple du défaut de mesure du législateur byzantin (1).

II. Extinction de la puissance paternelle. — La modification principale (2) concerne la forme et les effets de l'émancipation. La forme antique de l'émancipation n'était plus en rapport avec la pratique qui n'en comprenait pas la signification : Justinien se contente d'une déclaration devant le magistrat (3). Le père conserve les droits de tutelle et de succession comme s'il y avait eu une émancipation fiduciaire. L'enfant acquiert un droit nouveau : il succède, non plus seulement en concours avec ses frères ou sœurs restés en puissance, mais aussi en concours avec des agnats quel que soit leur degré (4). Mais, par une innovation qui remonte à Constantin, le bénéfice de l'émancipation n'est plus irrévocable. Il peut être retiré pour cause d'ingratitude : l'enfant perd toutes les donations que son père lui a faites ; son patrimoine se confond avec celui de son père (5).

III. Effets. — Le droit du Bas-Empire a fait disparaître les derniers vestiges du pouvoir de vie et de mort du père et de son droit de disposer de ses enfants ; il a modifié gravement la règle qui attribue au père les acquisitions réalisées par son fils.

§ 1er. *Droit sur les personnes*. — Le pouvoir du père sur la personne de ses enfants est restreint au droit de correction (6). L'abandon noxal est interdit. Le *jus vitæ necisque*, supprimé au

(1) Nov., 89, 2; Just., C., VI, 57, 5 : *Spurius cui pater incertus sit;* Arcad., C., V, 5, 6 (Orient); Nov., 89, 15. Cf. C. civ., 762-764.

(2) La puissance paternelle s'éteint lorsque le fils devient patrice, évêque, ou qu'il est investi des dignités énumérées dans C., X, 32, 66 ; lorsque le père ou le fils est condamné à la déportation dans une île ; mais, dans ce cas, la puissance paternelle revit si le condamné obtient du prince une *in integrum restitutio* (Constantin, C., IX, 50, 13. Voir notre art. Indulgentia, *Dict. des Antiq.*, V, 482). Il y a déchéance de la puissance paternelle ou dominicale lorsque le père ou le maître contraint sa fille ou son esclave à la débauche (Theod. II, C., XI, 40, 6). Cf. C. pén., 334, 335; loi du 24 juil. 1889.

(3) Inst., I, 12, 6. En 502, Anastase avait permis d'émanciper un absent par un rescrit du prince, rendu sur la demande du père avec le consentement du fils, et inséré dans les *acta judicis* (C., VIII, 48, 5).

(4) C., VI, 58, 15, 1. D'après Anastase (Theoph., III, 5, 1), ils n'excluaient que les agnats du 3e degré; en présence d'agnats du 2e degré, ils n'avaient que deux tiers de la part qu'ils auraient eue s'ils n'avaient été émancipés.

(5) *Vat. fr.*, 248 ; C., VIII, 49, 1.

(6) P. 120, 4; Valent., Val., C. Th., IX, 13, 1 ; Inst., IV, 8, 7.

IIIe siècle, s'exerçait encore, au mépris de la loi, à l'égard des nouveau-nés : la misère poussait les parents à les exposer dans un lieu public ou à les faire périr (1) ; les magistrats hésitaient à appliquer la peine de mort. Constantin porta remède à cette situation : dès l'an 315, il ordonne de fournir à tous les Italiens qui seront dans l'impossibilité d'élever leurs enfants des aliments et des vêtements aux frais du fisc et du domaine privé. En 322, il étendit cette disposition à l'Afrique. Puis, en 329, pour alléger la charge qu'elle imposait au fisc, il autorisa la vente des nouveau-nés par leurs parents (2), avec faculté de les reprendre en remboursant le prix (3). En 331, il permit à ceux qui recueillent un enfant exposé et l'élèvent à leurs frais d'acquérir sur lui, à leur choix, la puissance paternelle ou dominicale (4). En présence des mesures prises pour ôter aux parents tout prétexte, la loi put se montrer rigoureuse à l'égard du père qui tuait son enfant : Constantin le soumit à la peine du parricide. En 374, Valentinien I[er] fit une distinction entre le meurtre d'un nouveau-né et le meurtre d'un enfant adulte : l'infanticide devint un crime spécial qui fut puni, non plus comme un parricide, mais comme un homicide ; la circonstance aggravante résultant de la parenté fut écartée (5).

§ 2. *Droits sur les biens.* — La règle qui attribue au père les acquisitions réalisées par les personnes placées sous sa puissance souffre trois exceptions : les deux premières sont spéciales à certains fils de famille, la troisième est générale.

1° L'exception, faite par le droit classique (p. 123) en faveur des militaires, a été maintenue et élargie par Justinien : le *peculium castrense* du fils mort intestat est dévolu, comme une succession, aux enfants du *de cujus*, sinon à ses frères ou sœurs, à défaut à son père (6).

2° Une exception nouvelle fut créée par Constantin pour les fils de famille occupant une charge de cour, par Théodose II pour les avocats, plus tard pour tous les fonctionnaires impériaux; enfin, par Justinien, pour les *clerici*. Tous conservent la

(1) Lactance (*Divin. Inst.*, VI, 20) donne aux parents un conseil qui rappelle la loi de Malthus.

(2) C. Th., XI, 27, 1-2 ; V, 8, 1 ; Inst., IV, 43, 2, ne permet la vente que si les parents sont dans une extrême misère.

(3) *Vat. fr.*, 34. Théodose II excepte le cas où l'enfant aurait, par son travail, dédommagé celui qui l'a élevé (C. Th., III, 3, 1).

(4) C. Th., V, 7, 1. Cette décision, bien dure pour les enfants de naissance libre, fut corrigée par Justinien : l'enfant sera toujours libre et ingénu (C., VIII, 52, 3).

(5) C. Th., IX, 15, 1; IX, 14, 1. Cf. notre art. Infanticidium (*Dict. des Antiq.*, V, 492).

(6) Inst., II, 12 pr.

propriété de leurs économies personnelles, des donations qu'ils reçoivent de l'empereur (1), de tous les biens acquis dans l'exercice de leur profession. Ces biens forment un pécule, assimilé au pécule militaire : c'est le *peculium quasi castrense*. On hésitait pourtant à reconnaître à ces fils de famille le droit de tester, à moins d'un privilège spécial; mais la question fut tranchée en leur faveur par Justinien (2). Ce pécule fut dès lors, comme le pécule militaire, traité à tous égards comme un patrimoine appartenant en propre au fils de famille.

3° Plus importante est l'exception relative aux *bona adventicia* (3). Introduite par Constantin en 319, sous l'influence du droit grec, pour les biens provenant de la succession maternelle (4), elle fut étendue par Honorius aux biens acquis à titre gratuit de la mère ou des ascendants maternels; par Valentinien III, aux donations faites par un conjoint ou par un fiancé; par Justinien, à tous les biens qui ne proviennent pas du père ou qui ne rentrent pas dans le pécule militaire ou *quasi castrense* (5). Le fils a sur les biens adventices un droit moins étendu que sur ces deux pécules (6) : il n'en a que la nue propriété; il ne peut en disposer ni entre vifs ni à cause de mort; mais, à la mort du père, il les prélèvera sur la succession : son droit est garanti par une hypothèque sur les biens du père (p. 831, 4) (7). C'est le père, en effet, qui a la jouissance et l'administration des biens adventices, et qui, en cas de prédécès du fils, en aura la propriété *jure peculii*. Les pouvoirs du père sont très larges : il n'est pas tenu des obligations qui incombent à un usufruitier; il n'a pas de comptes à rendre comme un administrateur, ni d'approbation à demander comme un mandataire : il suffit qu'il agisse en bon

(1) Il en est de même, depuis Justinien, des donations faites à un fils de famille quelconque par l'empereur ou l'impératrice (C., VI, 61, 7).

(2) P. 125, 4. C., XII, 30, 1; II, 7, 4; Nov., 123, 19; C., III, 28, 37 pr.

(3) L'expression *pécule adventice*, souvent employée par les auteurs modernes, a été justement critiquée : un pécule est en principe la propriété du père; le fils n'en a que la jouissance; les biens adventices, au contraire, sont la propriété du fils; le père n'en a que l'usufruit.

(4) Loi de Gortyne, VI, 31, 46; C. Th., VIII, 18, 1 (au sénat).

(5) C., VI, 60, 2-3 (au préfet, au sénat de Rome); VI, 61, 6 pr.

(6) C., VI, 61, 6, 4.

(7) Par exception, le fils a la propriété : 1° des biens qui lui ont été donnés sous la condition que le père n'en aurait ni la jouissance ni l'administration; 2° des biens sur lesquels le père a renoncé à son usufruit; 3° des biens qu'il a recueillis *ab* intestat de ses frères ou sœurs lorsque le père est son cohéritier (Nov., 118, 1; 118, 2). C'est le *peculium adventitium irregulare* des auteurs modernes. Le fils peut disposer de ces biens entre vifs, mais non par testament. Cf. pour l'époque classique un décret d'Hadrien qui oblige un père à restituer à son fils en puissance un fidéicommis d'hérédité (ap. PAP., D., XXXVI, 1, 50).

père de famille (1). Mais, comme il n'est pas propriétaire, il ne peut aliéner, si ce n'est pour payer les dettes du fils ou s'il s'agit d'objets dispendieux à conserver (2). Dans tout autre cas, l'aliénation ne peut être faite que d'un commun accord entre le fils et le père (3).

L'usufruit du père s'éteint : 1° par l'émancipation du fils; mais pour que le père ne fût pas placé entre son intérêt et son devoir, Constantin lui accorda, à titre de rémunération, la propriété du tiers des biens adventices ; Justinien trouva préférable de ne pas priver l'enfant d'une part du capital et d'attribuer au père l'usufruit de la moitié des biens (4) ; — 2° par la consolidation : en cas de prédécès du fils, l'usufruit se transforme en pleine propriété. Mais cette règle a été peu à peu écartée : Théodose II distingue parmi les biens adventices les *lucra nuptialia* et en forme une masse qui est dévolue, comme une succession, aux enfants du *de cujus* à l'exclusion du père ; à défaut d'enfants, Léon Ier l'attribue aux frères et sœurs germains, puis aux consanguins et utérins. Justinien généralise l'exception : dans aucun cas, le père ne recueille les biens adventices *jure peculii* à la mort du fils ; il n'y a droit qu'à titre d'héritier s'il est en ordre utile pour succéder ; mais, s'il est primé par les enfants ou par les frères ou sœurs, il conserve, sa vie durant, l'usufruit (5).

En résumé, la règle antique, qui attribue au père la propriété des biens acquis par ses enfants en puissance, ne s'applique plus qu'au pécule profectice, c'est-à-dire aux biens qu'il leur a donnés ou qui ont été achetés avec son argent (6).

(1) C. VI, 61, 6, 2; 8, 4 d.; VI, 60, 1 (*rei diligentiam adhibere*). Cf. p. 873, 3.
(2) C., VI, 61, 8, 5. L'hypothèque est également interdite. Le père doit conserver le prix de vente qui sera prélevé par le fils sur sa succession.
(3) Lorsqu'une succession est déférée au fils et qu'il y a désaccord pour l'acceptation, Justinien a essayé de concilier les intérêts du père et du fils (*ib.*, 8 pr., 2, 6.)
(4) C., VI, 61, 6, 3.
(5) *Ibid.*, 3-4 (Orient); 6, 1; C., VI, 59, 11.
(6) Inst., II, 9, 1.

LIVRE III

LE PATRIMOINE.

CHAPITRE PREMIER

Propriété et droits réels sur la chose d'autrui.

I. Propriété. — Le régime de la propriété individuelle a été maintenu au Bas-Empire (1). Mais la théorie de la propriété a été simplifiée par suite de la suppression ou de la désuétude de règles ou d'institutions qui n'avaient qu'une raison d'être historique et dont le sens échappait à la majeure partie des habitants de l'empire. Quelques idées neuves se sont introduites, comme celles de la prescription extinctive de la revendication au profit de l'acquéreur qui n'est pas dans les conditions voulues pour usucaper, de la prescription trentenaire au profit de l'acquéreur de bonne foi sans juste titre, du transfert de la propriété *ad tempus* (p. 423, 2). Enfin de nouvelles restrictions ont été apportées au droit de propriété.

§ 1er. *Simplification de la théorie de la propriété.* — Sous Justinien, le dualisme de la propriété (2), la multiplicité des modes de transfert conventionnel (3), la distinction des *res mancipi* et *nec*

(1) On trouve pourtant un vestige du régime de la propriété collective qui s'était conservé dans certaines provinces : c'est la προτίμησις, droit de préemption ou de retrait accordé aux habitants d'un même village (*proximi et consortes*) lorsque l'un d'eux vend sa terre à un étranger. Ce droit, que Dioclétien refusa d'admettre (C., IV, 52, 3), ainsi que Valentinien II (C. Th., III, 1, 6), fut consacré par Léon en 468 pour les *habitatores metrocomiæ* (C. XI, 55, 1). Cf. Monnier, *Nouv. Rev. hist.*, XV, 654.

(2) C., VII, 25, 1.

(3) L'*in jure cessio*, peu usitée au temps de Gaius, n'a pas laissé de trace au Bas-Empire (p. 236, 1). La mancipation est encore mentionnée en 319 et 333, comme mode distinct de transfert (C. Th., VIII, 12, 4 et 5); mais l'usage de la joindre à la tradition des *res mancipi* et des immeubles en a fait bientôt un accessoire de la tradition pour ces sortes de choses. Dans une loi de 355, *mancipatio et traditio* équivaut à *traditionis solemnitas :* c'est une tradition en présence de cinq témoins (Nov. *Maj.*, VII, 1, 9, de 458), avec offre d'un sesterce par l'acquéreur (Just., C., VIII, 53, 37). Dans une loi célèbre de 394, sur la promesse d'une rémunération faite à un puissant personnage pour obtenir une fonction publique (*contractus suffragii*), Théodose Ier distingue la *traditio sola* applicable aux meubles, et la *traditio corpo-*

mancipi (1), des fonds provinciaux et italiques (p. 197), de l'usucapion et de la *præscriptio longæ possessionis*, ont disparu. Il n'y a plus qu'une seule espèce de propriété, un seul mode de transfert conventionnel, la tradition ; un seul mode de consolider par une possession prolongée l'acquisition *a non domino* avec juste titre et bonne foi.

§ 2. *Règles nouvelles sur l'acquisition de la propriété.* — Ces règles ont trait à l'acquisition par la prescription, par la loi, par accession.

1° *Prescription acquisitive ; prescription extinctive de la revendication.* — L'infériorité des provinces par rapport à l'Italie, quant à l'acquisition de la propriété par une possession prolongée, n'avait plus de raison d'être, depuis que l'Italie était au pouvoir des rois barbares. Dès l'année qui suivit son avènement, Justinien décida que la prescription de dix à vingt ans conférerait au possesseur, sous les conditions habituelles, le droit de propriété sanctionné par la revendication. Trois ans après, il emprunta aux règles anciennes sur l'usucapion l'idée d'abréger le délai requis en matière mobilière (2) : il le réduisit à trois ans ; l'usucapion annale fut supprimée. Il en fut de même de l'usucapion biennale des fonds italiques ; elle ne laissait au propriétaire qu'un trop court délai pour revendiquer sa chose (3) : dans tout l'empire, la prescription acquisitive des immeubles eut lieu par dix ou vingt ans. Cette prescription fut dès lors soumise à des règles uniformes pour les meubles comme pour les immeubles. L'uniformité, qui existait depuis Dioclétien quant aux conditions d'exercice (juste titre et bonne foi), devint générale ; il eût été contraire au vœu du législateur de laisser subsister les diffé-

ratis faite en vertu d'un écrit, constatée par un acte public et applicable aux fonds ruraux ou urbains (C. Th., II, 29, 2 : Orient.) Cette tradition, accompagnée de solennités empruntées à la mancipation, s'est conservée jusqu'à Justinien, qui a supprimé *verba superflua... id est sestertii nummi unius assium quatuor* (*loc. cit.*). Il a également supprimé pour l'émancipation et l'adoption (p. 811 ; 815) la forme de la mancipation encore usitée en 506, lors de la rédaction du Bréviaire d'Alaric. L'emploi du mot *mancipare* n'a pas complètement cessé après Justinien, mais ce n'est plus qu'un mot surabondant. Cf. Voigt, *J. N.*, II, 932.

(1) C., VII, 31, 1, 4.

(2) Justinien constate (VII, 31, 1, 1) que les anciens étendaient l'application de l'usucapion des meubles en dehors de l'Italie.

(3) C., VII, 39, 8 pr. ; 31. L'innovation s'applique *in Italicis soli rebus* : ces mots désignent les immeubles situés dans les cités provinciales jouissant du *jus Italicum*, telles que Constantinople (C. Th., XIV, 13, 1), aussi bien que les fonds situés en Italie. Mais n'est-il pas singulier que Justinien prenne la peine de réformer la législation applicable à l'Italie qui, depuis un siècle et demi, était sous l'autorité des rois barbares? Faut-il en conclure que les princes byzantins considéraient l'Italie comme faisant toujours partie de l'empire d'Orient, et que Justinien projetait déjà une conquête qui fut réalisée vingt-trois ans plus tard?

rences admises autrefois quant aux effets de la prescription et de l'usucapion (1). L'acquisition de la propriété est donc toujours interrompue par la demande en justice (2) : la prescription peut toujours être opposée au créancier hypothécaire (p. 251, 2) ; elle ne s'applique ni aux pupilles ni aux mineurs (3).

La *præscriptio longi temporis* est soumise à quelques règles nouvelles : 1° elle ne peut plus être invoquée par celui qui a traité avec un possesseur de mauvaise foi à l'insu du propriétaire ; cette défense ne s'adresse pas au sous-acquéreur (4) ; 2° la règle *mala fides superveniens usucapionem non impedit* est étendue aux acquisitions à titre gratuit (p. 248, 6) ; 3° la jonction des possessions est permise à tout acquéreur à titre singulier (5) ; 4° pour interrompre la prescription, il suffit d'une requête adressée au magistrat lorsque la demande en justice est impossible en raison de l'absence du possesseur.

A côté de la prescription acquisitive, le droit du Bas-Empire a consacré la prescription extinctive de l'action en revendication au profit de celui qui a possédé la chose d'autrui à titre de propriétaire pendant un temps très long, mais sans être dans les conditions voulues pour usucaper. Le délai, fixé par Constantin à quarante ans, a été réduit par Théodose II à trente ans (6). Le propriétaire qui, durant tant d'années, n'a pas fait valoir son

(1) La question est controversée. D'après les glossateurs, les règles de l'usucapion s'appliquent aux meubles ; celles de la prescription, aux immeubles. Des auteurs modernes pensent que les règles de l'usucapion ont été maintenues même pour les immeubles, sauf quant au délai (Accarias, I, 622) ; ils se fondent sur Inst., II, 6, pr., qui emploie *usucapiantur* pour les immeubles et pour les meubles. Mais ce mot ne saurait prévaloir sur la volonté exprimée par Justinien de transformer l'usucapion et d'établir l'uniformité de droit dans tout l'empire : *ut sit rebus et locis omnibus similis ordo* (C., VII, 31, 1, 1 et 4).

(2) On a invoqué, en sens contraire, des textes qui supposent une usucapion accomplie *inter moras litis* (D., VI, 1, 18 ; Inst., IV, 17, 3). Mais ces textes, dont le maintien est dû à une inadvertance des compilateurs, ne sauraient affaiblir l'argument tiré du but poursuivi par le législateur : la transformation de l'usucapion. Cette transformation n'est possible que par l'application à l'usucapion des règles édictées pour la prescription. Cette conclusion est confirmée par C., VII, 40, 2. Justinien, supposant que la chose d'autrui est aux mains d'un absent, d'un *infans* sans tuteur, d'un fou sans curateur, permet au propriétaire, qui ne peut agir en justice, d'interrompre la prescription de trois ans ou davantage, par une requête adressée au gouverneur de la province ou, à défaut, à l'évêque ou au *defensor civitatis*. Cette requête suffira *ad plenissimam interruptionem :* à fortiori la demande en justice doit-elle produire le même effet. Cf. Labbé, sur Ortolan, II, 731.

(3) L'usucapion pouvait s'opérer au préjudice d'un pupille (p. 159, 6), la prescription au préjudice d'un mineur, sauf *in integrum restitutio* (Diocl., C., VII, 35, 3 : interpolé). Cf. C., II, 40, 5.

(4) Nov., 119, 7.

(5) C., VII, 31, 1, 3.

(6) C. Th., IV, 13, 2. *Lex Constantiniana :* Valent. I, C., VII, 39, 2 (Rome) ; Theod. II, *eod.*, 3 (Orient).

droit, est non recevable à l'invoquer en justice contre le possesseur : c'est la peine de sa négligence. L'effet de cette prescription est moins absolu que celui de la prescription acquisitive : le propriétaire conserve son titre et pourra le faire valoir contre un nouveau possesseur pendant trente ans ; de son côté, celui qui a la possession trentenaire n'acquiert pas la propriété ; s'il perd la chose, il ne peut la revendiquer : il n'a que le droit de repousser la réclamation du propriétaire par la *præscriptio longissimi temporis*. Un siècle plus tard, Justinien donna à la prescription trentenaire un effet plus radical : elle confère la propriété à l'acquéreur de bonne foi sans qu'il ait à justifier d'un juste titre (1).

2° *Loi*. — *a*) Pour encourager la mise en valeur des terres incultes, Théodose Ier attribue la propriété des terres abandonnées à celui qui en prend possession et les met en culture. Un délai de deux ans est réservé au propriétaire pour recouvrer sa chose en remboursant les dépenses faites par le possesseur. — *b*) Le même empereur a limité à un quart le droit de l'inventeur d'un trésor ; mais Zénon a rétabli la règle antérieure : moitié au propriétaire du fonds, moitié à l'inventeur (p. 242) (2). — *c*) Celui qui, au lieu de s'adresser à la justice pour reprendre sa chose, a recours à la violence, est déchu de sa propriété au profit de celui qu'il a dépossédé (3).

3° *Accession*. — Les innovations de Justinien en cette matière ne sont pas très heureuses : *a*) Contrairement à la règle reçue au IIIe siècle (p. 228), il attribue à l'artiste la propriété du tableau peint sur la planche d'autrui, sous le prétexte que l'œuvre d'un Apelle ne saurait être l'accessoire d'une planche sans valeur. Il aurait dû, s'il eût été conséquent avec lui-même, attribuer à l'écrivain la propriété de l'œuvre consignée sur le parchemin d'autrui. — *b*) Il généralise la règle qui attribue au possesseur de bonne foi les fruits consommés à l'exclusion des fruits existants (p. 232). — *c*) Il consacre la doctrine éclectique proposée par quelques auteurs en matière de spécification (p. 233).

§ 3. *Restrictions au droit de propriété*. — Des restrictions nouvelles ont été admises : 1° Par dérogation à la règle qui attribue au propriétaire du sol la propriété du dessus et du dessous (p. 191), l'inventeur d'une carrière de pierre a le droit de l'exploiter, à charge de payer une dîme au propriétaire du sol et

(1) Est exclu de cette faveur celui qui s'est emparé de la chose par violence (C., VII, 39, 8, 1-2).
(2) C., XI, 59, 8 (Orient) ; C. Th., X, 18, 2 (Orient).
(3) Loi rendue par Valentinien II à l'occasion de la confiscation des biens de l'usurpateur Maxime et de ses partisans (C. Th., IV, 22, 3, abrégée C., VIII, 4, 7).

une autre dîme au fisc (1). 2° Le propriétaire d'un terrain, contigu à une aire à battre le blé, ne peut, en élevant une construction ou de toute autre manière, intercepter le vent nécessaire pour séparer la paille du grain (2). 3° L'inaliénabilité de la chose litigieuse a été généralisée : elle s'applique aux meubles et aux immeubles ; elle est imposée au défendeur aussi bien qu'au demandeur (3). 4° Les *curiales* ne peuvent aliéner leurs immeubles ou leurs esclaves sans un décret du magistrat (4). 5° L'aliénation des choses sacrées et des biens d'église n'est autorisée qu'à titre exceptionnel (5). 6° Depuis Zénon, les aliénations consenties par le fisc transfèrent la propriété libre de toute charge : si la chose appartient à un particulier, le propriétaire ou le créancier hypothécaire n'a que la ressource de demander une indemnité ; un délai de quatre ans lui est accordé. Cette règle a été étendue par Justinien à l'aliénation des biens patrimoniaux de l'empereur (6). 7° Sont inaliénables, sous certaines conditions, les biens adventices et les biens des enfants en cas de second mariage de leur père ou de leur mère.

§ 4. *Sanction.* — La simplification de la théorie de la propriété eut pour résultat de rendre inutiles les actions réelles qui sanctionnaient les diverses sortes de propriété autres que la propriété quiritaire (7) : il n'y eut donc en principe qu'une seule action, la revendication, et cette action dut s'exercer suivant les règles de la procédure extraordinaire. On a pourtant conservé

(1) Theod. I, C. Th., X, 19, 10 (Orient). La règle a été étendue deux ans après aux carrières de marbre (*ibid.*, 11), puis abrogée en 393 (*ibid.*, 13).

(2) Just., C., III, 34, 14, 1.

(3) P. 237, 1 ; 755, 7. C., VIII, 36, 5 ; Nov., 112, 1.

(4) Theod. I, C. Th., XII, 3, 1 (Orient) ; Nov. *Maj.*, VII, 9 (Occident).

(5) Just., Nov., I, 8 ; 120, 10 ; C., I, 2, 21 ; Leo, *eod.*, 14 ; Anast., *eod.*, 17. Les *res sacræ* sont, au Bas-Empire, les choses consacrées par les évêques. Une autorisation préalable n'est plus nécessaire (p. 185, 1), pourvu que les évêques aient la disposition de la chose (Nov., 67, 1 ; 131, 7). Les *res ecclesiasticæ* sont les biens d'église non affectés au culte, tels que les fonds de terre.

(6) C., VII, 37, 2 et 3. A l'époque classique, un édit de Marc-Aurèle avait accordé au propriétaire un délai de cinq ans pour revendiquer sa chose lorsque l'acquéreur ne pouvait l'usucaper en raison de sa mauvaise foi ou parce qu'elle ne comportait pas l'usucapion (Inst., II, 6, 14).

(7) A l'inverse, il semble que l'application de la revendication ait été écartée en cas de *controversia de loco*. Il n'en était pas encore ainsi en 331 où Constantin (C. Th., XI, 26, 3) rappelle la distinction des procès *de loco* et *de fine* (p. 514, 2). Mais Justinien s'est abstenu de reproduire cette loi, et il a dénaturé le sens de deux lois postérieures adressées l'une en 385 au préfet d'Italie, l'autre en 392 au préfet d'Orient pour exclure la *præscriptio* (*longi temporis*) dans la *controversia de fine*, comme les Douze Tables avaient exclu l'usucapion (Valent. II, C. Th., II, 26, 4 ; Theod. I, *eod.*, 5). En insérant ces lois dans son code, Justinien fait dire à Théodose que l'action *finium regundorum* se prescrira par trente ans et non par le délai de la *præsc. l. t.*, et à Valentinien que la prescription est exclue pour les *V pedes* (C., III, 39, 5-6).

l'usage de l'action Publicienne pour protéger le propriétaire aussi bien que le possesseur de bonne foi (1). Cette action était bien plus utile qu'autrefois au propriétaire : depuis que les délais de la prescription avaient été allongés, il avait tout intérêt à préférer une action où la preuve exigée était plus facile (p. 263, 1).

L'usage de la Publicienne fut cependant moins répandu qu'il ne devrait l'être d'après ce qui précède : si cette action est mentionnée aux Institutes et au Digeste, il n'y en a pas trace au Code ni au Bréviaire d'Alaric. Ce silence tient sans doute à ce que l'exercice de la Publicienne se rattache à l'usucapion qui avait une application assez restreinte avant Justinien et fut transformée par cet empereur. On conçoit dès lors que les prédécesseurs de Justinien aient eu peu d'occasions de s'en occuper et que Justinien lui-même ne l'ait pas réglementée (2).

Les règles anciennes sur les conditions d'exercice de la revendication (3), sur les droits et obligations des parties, sur l'exécution du jugement, ont subi quelques modifications (4) : 1° faculté accordée au détenteur d'un immeuble d'échapper à la revendication en nommant celui au nom duquel il possède (p. 253, 4) ; 2° *jus tollendi* accordé au défendeur même de mauvaise foi, contrairement à la règle des Douze Tables sur le *tignum junctum* (p. 112, 6 ; 262, 1) ; 3° obligation pour le possesseur de mauvaise foi de tenir compte des fruits qu'il aurait dû percevoir (5) ; 4° défense à celui qui a vainement contesté le droit du demandeur, d'invoquer ensuite dans la même instance un droit réel d'hypothèque ou autre : il doit restituer la chose, puis faire valoir son droit réel dans un procès distinct; c'est la

(1) La Publicienne n'a plus de raison d'être dans les cas où l'on acquérait autrefois l'*in bonis* (p. 194). M. Appleton (II, 317) fait des réserves pour le cas d'envoi en possession *ex* 2° *decreto*, d'abandon noxal, de spécification, de donation à cause de mort ou de vente sous condition résolutoire. Cette portée assez large, attribuée à la Publicienne, est la conséquence de la thèse soutenue par notre collègue (II, 38) : « L'action *in rem* par excellence du droit romain, au moins depuis l'époque classique, l'action usitée en pratique, ce n'est pas la revendication, c'est la Publicienne. »

(2) Cf. Erman, *Z. Sav. St.*, XIII, 175.

(3) Suivant certains auteurs, la concession de la revendication utile à quelques non-propriétaires serait due à Justinien (p. 253, 1).

(4) La question de preuve reste soumise aux règles classiques. Les rescrits qui en consacrent le maintien (Arcad., C. Th., IX, 39, 12 ; cf. Carac., C., IV, 19, 2) ont eu pour but, suivant Mitteis (*Reichsr.*, 500), d'écarter les règles du droit grec sur la diadicasie. Il est plus probable qu'on a voulu écarter une dérogation au droit commun introduite par Constantin (C. Th., XI, 39, 1) en faveur de ceux qui revendiquent une chose usurpée par un puissant. Cf. Monnier, *Etudes*, II, 83.

(5) P. 261, 4. Il devait payer le double d'après la loi de Valentinien (C. Th., IV. 18, 1) de 369. En reproduisant cette loi (C., VII, 51, 2), Justinien a supprimé la mention du double. C'est une atténuation à la responsabilité du possesseur.

peine de sa témérité (1); 5° la sentence du juge est exécutoire par la force publique (p. 258, 8).

II. POSSESSION. — L'analogie entre la possession et la propriété s'est accentuée dès la fin de l'époque classique : le mot *possessor* désigne non seulement le possesseur, mais en général quiconque a sur la terre un droit de maître, propriétaire ou fermier de l'*ager vectigalis* (2). Les *possessores* forment une classe de personnes que l'on oppose aux *plebeii* et même aux *curiales* (3).

Pour nous en tenir à la possession proprement dite, le droit du Bas-Empire s'est efforcé de la protéger d'une manière plus efficace. A une époque de désorganisation sociale, les troubles possessoires étaient fréquents, les voies ordinaires de la procédure insuffisantes (4). On dut réglementer à nouveau la dépossession par la violence et l'usurpation sans violence.

§ 1er. *Dépossession par la violence.* — 1° Si la violence émane du propriétaire qui, au lieu de s'adresser à justice pour recouvrer la possession de sa chose, la reprend lui-même de vive force, Théodose Ier l'oblige à rendre la chose au possesseur et le déclare déchu de son droit de propriété. Si la violence émane d'un tiers, le *dejectus* a droit à la restitution de la possession et à une indemnité égale à la valeur des choses qui lui ont été ravies (5). — 2° Zénon autorise la victime de la violence à fixer sous serment la valeur des objets qui lui ont été enlevés de force (6). — 3° Depuis Justinien, l'interdit *unde vi* se donne toujours en cas de dépossession violente, sans qu'on ait à rechercher si le *dejectus* avait une possession vicieuse vis-à-vis de son adversaire (p. 218, 5).

§ 2. *Usurpation sans violence.* — Cette usurpation s'exerçait surtout au préjudice des absents. 1° Constantin plaça leurs biens sous la protection des magistrats : toute chose dont la possession leur a été enlevée doit être restituée sans délai, sur la demande de ceux qui possédaient au nom de l'absent. S'ils ont négligé de le faire, l'absent, de retour, pourra réclamer la possession, quel que soit le temps écoulé depuis l'usurpation (7). — 2° Pour

(1) Nov., 18, 10, de l'an 536.

(2) Dans une loi de 451, *dominus possessionis* est synonyme de *dominus prædii* (C., IX, 39, 2 pr., 2); on le distingue du *procurator* et des *primates possessionis ;* lui seul encourt à titre de peine, lorsqu'il donne asile à des brigands, la déchéance du droit de propriété (*dominio privabitur*) ; les autres sont bannis à perpétuité.

(3) VAL., C., VIII, 10, 8 : *Possessores qui non erunt curiales* (Orient).

(4) Voir les textes cités par J. Godefroy, I, 442.

(5) C. Th., IV, 22, 3 (abrégée C., VIII, 4, 7) de l'an 389 ; INST., IV, 15, 6.

(6) C., VIII, 4, 9 de l'an 477.

(7) C. Th., IV, 22, 1.

éviter un envoi en possession obtenu par surprise, Honorius annule toute modification faite à l'état actuel de la possession, par un rescrit impérial ou une décision judiciaire en l'absence du possesseur (1). — 3° Celui qui possède par l'intermédiaire d'autrui ne doit pas souffrir de l'infidélité de son représentant. Si donc celui-ci a abandonné la possession ou l'a livrée à un tiers, le possesseur est autorisé à la réclamer (2). — 4° Celui qui, par erreur, appréhende la possession d'autrui qu'il croit lui appartenir ou qui profite de l'incurie du possesseur pour s'emparer de la chose, est tenu de la restituer (3).

Dans ces divers cas où l'usurpation avait eu lieu sans violence, l'interdit *unde vi* ou *quod vi aut clam* n'était pas applicable ; le possesseur injustement dépouillé n'avait que la ressource de l'action pétitoire (4). Les empereurs byzantins ont comblé cette lacune en créant un nouveau moyen récupératoire, l'interdit *momentariæ possessionis*. Cet interdit, que certains auteurs confondent avec l'interdit *unde vi*, dont ils élargissent la portée (5), tend à procurer une restitution immédiate, *beneficium momenti*, et c'est de là qu'il tire son nom (6). Il présente des particularités caractéristiques : *a*) Il est populaire et peut être demandé même par un esclave (7). *b*) La requête doit être accueillie par le magistrat sans retard (8). *c*) Le magistrat n'a qu'un fait à vérifier : la dépossession ; il n'a pas à rechercher si la possession était vicieuse à l'égard du *dejiciens* (9). *d*) Le droit à l'interdit ne se prescrit que par trente ans (10). Le jugement est exécutoire nonobstant appel (11).

(1) C., VIII, 5, 2 (Espagne) ; III, 6, 3 (Afrique).

(2) Règle admise par Dioclétien en cas de vente par un fermier (C., VII, 32, 5), par Gratien en cas de fraude des tuteurs d'un pupille (C. Th., IV, 22, 2), généralisée par Justinien (C., VII, 32, 12).

(3) Constantin., C. Th., II, 26, 1, abrégée dans C., VIII, 4, 5 (Asie).

(4) Just., C., VIII, 4, 11.

(5) Savigny, *Besitz*, 466; Bruns, *Besitzklagen*, 84, dont l'opinion a été réfutée par Jhering, *Grund des Besitzesschutzes*, trad., 96; cf. Vermond, *Possession*, 369; Monnier, *Etudes de droit byzantin*, II, 63.

(6) C. Th., IV, 22, 4 : *Celeri redhibitione;* C., VIII, 4, 6 : *Illico reddatur*. Cet interdit porte aussi le nom d'*actio momenti* ou *momentaneæ possessionis* (C. Th., IV, 22, 6; C., III, 6, 3; cf. Fitting, *Z. f. Rg.*, XI, 433) : au Bas-Empire, la distinction de l'interdit et de l'action s'est effacée (Diocl., C., VIII, 1, 3). Cf. p. 874.

(7) C. Th., IV, 22, 1 ; Honor., C., III, 6, 3 : *Per quamcumque personam.*

(8) Honor., C., VIII, 4, 8 : *Mox audiri.*

(9) C. Th., IV, 22, 1. Cette règle a été appliquée par Justinien à l'*unde vi* (p. 218, 5). Cf. C. Th., IX, 10, 3 de l'an 319 : *Si vim possidenti intulerit, ante omnia violentiæ causam examinari præcipimus.* C'est l'origine de la règle fameuse : *Spoliatus ante omnia restituendus.*

(10) Just., C., VIII, 4, 11. L'*unde vi* est devenu annal (p. 218, 4). On a vu (p. 217, 4; 218, 2) que sous Justinien il n'y a plus qu'un interdit *unde vi.*

(11) Valent., C., VII, 69, 1 (Italie).

En résumé, la violence n'est plus la condition indispensable de l'exercice d'un interdit récupératoire : dans plusieurs cas, il suffit de l'appréhension injuste de la possession d'autrui (1). C'est un progrès par rapport au droit antérieur qui ne fournissait aucun moyen possessoire à celui qui n'avait pas fait une tentative pour recouvrer sa chose (p. 216). — L'innovation, introduite pour la protection de la possession des immeubles, ne présentait pas le même intérêt pour les meubles : l'*utrubi* avait une fonction récupératoire (2). Il en fut autrement sous Justinien qui exigea pour cet interdit comme pour l'*uti possidetis* la possession actuelle (p. 220, 2). Il y eut dès lors une lacune qui fut comblée plus tard par la création de l'action *spolii* (3).

III. Droits réels sur la chose d'autrui. — Parmi les droits réels sur la chose d'autrui, l'hypothèque est le seul qui ait reçu de nouveaux développements. Les servitudes n'ont donné lieu qu'à quelques décisions de Justinien destinées à trancher d'anciennes controverses. Aucun titre des codes n'est affecté au droit de superficie. Le droit sur l'*ager vectigalis* a perdu son application principale, lorsque l'État a confisqué les biens des cités et des temples; il se rapproche peu à peu d'un nouveau droit réel, l'emphytéose, et finit par se confondre avec lui.

IV. Servitudes. — La théorie des servitudes, comme celle de la propriété, a été simplifiée par Justinien : la distinction des modes civils et prétoriens de constitution des servitudes a disparu. Le mode normal de constitution entre vifs, c'est le pacte et la stipulation (4). Comme pour l'acquisition de la propriété par la possession prolongée, Justinien a généralisé un mode usité dans les provinces (5). On peut aussi recourir à la quasi-

(1) Au code de Justinien, le titre *unde vi* est suivi d'un titre qui a pour rubrique : *Si per vim vel alio modo absentis perturbata sit possessio.*

(2) P. 221. Voir une application de l'*utrubi* en Gaule, l'an 400, pour la reprise des colons fugitifs (Honor., C. Th., IV, 23, 1).

(3) Savigny a soutenu (p. 437) que l'interdit *unde vi* a été appliqué aux meubles. Il s'est fondé sur l'insertion au titre *unde vi* (VIII, 4, 7) d'une loi de Valentinien qui défend au propriétaire de reprendre de force sa chose lorsqu'elle est aux mains d'autrui. Mais c'est une décision spéciale qui ne saurait être généralisée (Bruns, 74). Cf. sur l'action *spolii*, Bruns, *Recht des Besitzes*, 127; Jhering, 129.

(4) Inst., II, 3, 4; 4, 1. Bien que ces textes soient formels, beaucoup d'auteurs refusent d'admettre que la quasi-tradition soit inutile (Karlowa, *Rechtsgeschäft*, 123; Lenel, *Jherings Jahrb.*, XIX, 183; Accarias, I, 705). Mais l'argument tiré de l'analogie avec la propriété n'est pas décisif, ni quant à l'effet du pacte (p. 288, 5), ni quant à l'effet de la quasi-tradition (p. 294, *b*).

(5) Ce mode fut-il consacré par le Préteur et appliqué en Italie ? C'est l'opinion de M. Girard (*Manuel*, 371), mais les textes cités sont suspects d'interpolation. Lorsqu'on lit dans Ulpien (D., VII, 1, 25, 7) que Pegasus admet la constitution d'un usufruit *per traditionem vel stipulationem, vel alium quemcumque modum*, il paraît certain que ce passage a été remanié : Pegasus ne pouvait songer à la

tradition (1), mais il n'est plus question de mancipation ni d'*in jure cessio*. Les servitudes s'établissent encore par adjudication, quelle que soit la nature de l'instance ; par la prescription de dix ou vingt ans (2), par legs, par la loi (p. 817).

Quelques modifications ont été apportées aux modes d'extinction des servitudes : la renonciation a lieu par simple pacte ; le délai du non-usage est de trois ans pour les meubles, dix ou vingt ans pour les immeubles (3). Les servitudes personnelles ne s'éteignent plus par la *capitis deminutio minima :* lorsqu'elles sont établies au profit d'un esclave, elles s'éteignent à la mort du maître ; au profit d'un fils de famille, elles s'éteignent seulement à la mort du père ou du fils survivant (4).

V. Emphytéose. — L'emphytéose est un bail à long terme qui eut d'abord pour objet principal la mise en valeur des terres incultes dépendant du domaine privé de l'empereur (5). On l'a ensuite appliqué aux terres de l'État, des églises, des particuliers (6). Le nom de ce contrat vient de l'obligation imposée au preneur de faire des plantations (ἐμφυτεύειν) (7), plus généralement d'améliorer le fonds. L'emphytéose peut donc s'appliquer à un domaine qui comprend pour partie seulement des terres incultes (8).

quasi-tradition qui n'a été admise qu'après lui. On reconnaît que *stipulationem* a dû être substitué à *in jure cessionem;* les mots qui suivent doivent être une addition des compilateurs.

(1) C'est ce que prouve l'insertion au Dig. des textes classiques qui s'y réfèrent.

(2) P. 289, 2. Just., C., VII, 33, 12, 4.

(3) Just., C., III, 34, 13. Si la servitude ne doit s'exercer qu'à des intervalles très éloignés, Justinien, tranchant une controverse mentionnée dans les *libri Sabiniani*, porte le délai à vingt ans même entre parents (*ibid.*, 14 pr.).

(4) C., III, 37, 17. En droit classique, l'usufruit s'éteignait à la mort de l'esclave si l'usufruit avait été légué, à la mort du maître s'il avait été constitué entre vifs (*Vat. fr.*, 57).

(5) *Fundus patrimonialis et* ou *vel emphyteuticarius :* C. Th., II, 25, 1. Un mode de mise en valeur moins usité était la vente à charge de payer une rente perpétuelle : l'acheteur acquérait un *jus privatum salvo canone* (Arcad., C., XII, 62, 9). Exceptionnellement il était dispensé de la rente (Theod. II, C., XI, 66, 7 pr.). Le *jus privatum salvo canone* est pareillement attribué à ceux qui s'emparent des terres abandonnées et les cultivent (Theod. I, C. Th., V, 13, 30 ; cf. Monnier, *Nouv. Rev. hist.*, XV, 340).

(6) Theod. I, C., XI, 62, 7 : *Emphyteusis fundorum... rei publicæ;* Nov., 7 (règles spéciales aux biens d'église); Inst., III, 24, 3 (contrat privé).

(7) Plantations de vignes ou d'oliviers, en Afrique. Cf. C., XI, 63, 1. C'est une tenure analogue à notre bail à *complant*. Cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Contrat de louage*, II, 1129 ; Planiol, II, 1864.

(8) Just., C., IV, 66, 2-3 : *Meliorationes* = ἐμπονήματα. Une loi de 319 prouve la présence sur le même domaine d'un emphytéote et de colons depuis longtemps attachés à la culture et occupant sans droit des terres incultes, *cum solemnitas id eos attrectare permittat, quod eorum labore vel olivetis est obsitum vel vineis* (C., XI, 63, 1.) Cf. un contrat d'emphytéose de l'an 616 (Papyrus du *Brit. Mus.*, Kenyon, II, 323 ; Muller, *Arch. f. Pap.*, I, 439).

§ 1[er]. *Origine.* — L'emphytéose est l'un des moyens imaginés pour remédier à la décadence de l'agriculture et spécialement pour défricher les terres incultes : elle a son origine dans certaines pratiques suivies depuis longtemps dans l'administration des grands domaines. Aux premiers siècles de l'empire, les propriétaires autorisent leurs colons à occuper les parcelles incultes pour les défricher ; comme récompense, on leur abandonne la jouissance exclusive des fruits pendant un certain nombre d'années, après quoi ils doivent une redevance modique en nature ; de plus, on leur reconnaît sur la chose une sorte de droit réel, révocable lorsqu'ils cessent de cultiver la terre pendant deux ans (1).

Ce procédé avait l'inconvénient d'être aléatoire ; la mise en valeur des terres incultes dépendait de la bonne volonté des colons (2). Dès le temps de Dioclétien, les empereurs pensèrent trouver une source de revenus plus sûre en affermant les terres incultes de leurs domaines à un capitaliste qui se chargeait, par contrat, de les défricher (3). Le fermier ou emphytéote, comme le colon de l'époque antérieure, paye une redevance modique dont il est exempt pendant les trois premières années (4) ; il a sur la chose un droit dont il peut disposer entre vifs, et dont il ne peut être privé que pour inexécution de ses obligations et du payement des impôts pendant deux ans, ou s'il refuse de consentir à une augmentation de loyer (5). Cette dernière restriction était de droit nouveau ; elle n'eut pas de succès : les emphytéotes préféraient se laisser déposséder, et les agents du domaine en étaient réduits à l'administrer en régie. Valenti-

(1) Cet usage est attesté sous le règne de Trajan par l'inscription d'H[r]. Mettich (p. 304, 1). Cf. Ed. Cuq, *Colonat partiaire*, 21, et dans le même sens, Kuebler, *Z. Sav. St.*, XXII, 212 ; Mitteis, *Zur Geschichte der Erbpacht in Alterthum*, 1901, p. 28.

(2) Les colons défrichaient les terres incultes en vertu de l'autorisation qui leur était donnée par la *consuetudo prædii*, et non en vertu d'un contrat. Cet usage a persisté après la création de l'emphytéose. La loi citée p. 828, 8, règle un conflit qui s'éleva entre l'emphytéote et les colons du domaine qui occupaient des terres contrairement à la coutume, sans faire de plantations, et prétendaient les garder en propre (*usurpare*).

(3) N'étaient admises à se porter adjudicataires que les personnes ayant une fortune suffisante : leurs biens étaient affectés à la garantie de leurs obligations. A défaut, l'adjudicataire devait présenter des cautions solvables, sous la responsabilité du magistrat qui les avait agréées (Theod. I, C., XI, 62, 7 ; cf. C., IV, 66, 3 ; *The Amherst Papyri*, II, 40, 68). Si l'on a omis d'exiger des cautions, le droit de l'emphytéote ne pourra être contesté lorsqu'il a été exercé pendant longtemps (Honor., *eod.*, 11 ; cf. Cujas, II, 750). Le vice de l'adjudication est effacé par une sorte de prescription.

(4) Diocl., C., V, 71, 13 ; Theod. I, C., V, 13, 30. La durée de l'exemption était parfois réduite à deux ans.

(5) Augustin., *C. litteras Petiliani*, II, 186 ; Constantin, C., V, 37, 23 ; Just., C., IV, 66, 2 ; cf. Valent. I, C., V, 13, 20.

nien I[er] renonça à cette innovation (1), et par là même consolida le droit de l'emphytéote. Ce droit devint perpétuel en fait ; bientôt après, il le devint légalement. Ce fut le résultat du rapprochement qui s'opéra entre l'emphytéose et le *jus vectigale.*

§ 2. *Fusion du* jus in agro vectigali *et de l'emphytéose.* — Au cours du IV[e] siècle, la pénurie du trésor détermina les empereurs à confisquer les biens des cités et des temples (2); on les incorpora au domaine de la couronne (*res privata*) (3). L'État se substitua aux anciens propriétaires ; les fermiers de l'*ager vectigalis* devinrent fermiers de l'État : on les appela *perpetuarii*, parce qu'ils avaient un *jus perpetuum* (4). Mais on ne tarda pas à leur imposer une obligation nouvelle, celle d'améliorer la terre et, le cas échéant, de la défricher (5). Dès lors, il n'y a plus de différence appréciable entre le *jus in agro vectigali* et le *jus emphyteuticum;* les textes législatifs finissent par les confondre (6).

§ 3. *Droits et obligations de l'emphytéote.* — L'emphytéote, comme autrefois le fermier de l'*ager vectigalis,* a un droit réel, presque aussi étendu que le droit de propriété (7) sous une double réserve : il doit payer une rente annuelle au maître du domaine ; il ne peut aliéner la terre sans le consentement du propriétaire. Pour obvier à des abus et permettre à l'emphytéote de profiter de la plus-value qu'il a donnée au fonds, le propriétaire ne peut refuser son consentement qu'à la condition de racheter l'emphytéose au prix offert par l'acquéreur. S'il n'use pas de ce droit de préemption dans les deux mois, il est censé consentir à l'aliénation (8), mais il est autorisé à exiger de

(1) C., V, 13, 15. Cette loi de 364 reçut un effet rétroactif : *Ita ut quæcumque in commissi fortunam inciderint, ac pleno dominio privatis occupationibus retentantur, a Leontii et Sallustii consulatu* (344) *jus pristinum rursus agnoscant.*

(2) Cf. Valent., Val., C. Th., X, 1, 8 ; Theod. I, C., XI, 58, 6.

(3) L'usage du *jus in agro vectigali* pour les *fundi rei privatæ* existait dès le règne de Néron (*The Amherst Papyri, loc. cit.;* cf. Mitteis, *Z. Sav. St.*, XXII, 151). Le contrat avait le caractère d'une vente à charge d'une rente très minime.

(4) La distinction primitive du *perpetuarius* et de l'emphytéote est prouvée par l'interpolation de C., I, 33, 2. Dans le texte original (C. Th., I, 11, 1), les mots *hoc est emphyteuticarii,* manquent. Le droit du *perpetuarius* ne pouvait être révoqué sans un décret du prince (Paul, V, 1, 11; Grat., Valent., Theod., C., XI, 71, 2). Cf. Beaudouin, *Grands Domaines*, 251.

(5) C., XI, 59, 6. Cette innovation se rattache à l'ensemble des mesures prises pour assurer le payement de l'impôt par l'attribution forcée des terres abandonnées (ἐπιβολή). Cf. Monnier, *Nouv. Rev. hist.*, XV, 338.

(6) Depuis 386, C., XI, 62, 7; cf. C. Th., V, 13, 33; XI, 16, 20; 19, 4; 28, 14; Rubrique de D., VI, 3.

(7) En 367, on lui refuse le titre de *dominus* (C., XI, 63, 2) et le droit d'affranchir les esclaves attachés à la culture. En 396, on le qualifie *dominus* (C. Th., XIII, 11, 6) comme le *perpetuarius* (C., XI, 66, 1).

(8) C., IV, 66, 3.

l'acquéreur un droit de mutation de 2 pour 100 du prix de vente ou de la valeur du fonds.

Les changements introduits dans la condition juridique de l'emphytéote firent naître un doute sur la nature du contrat dans lequel il puise son droit. Est-ce une vente ou un louage? La question avait son importance au point de vue des risques (p. 405; 426). Zénon l'a résolue en faisant de l'emphytéose un contrat spécial et en décidant que la perte totale serait pour le propriétaire, la perte partielle pour l'emphytéote (1). Celui-ci ne peut plus, comme un fermier ordinaire, demander une remise en cas de mauvaise récolte (p. 427, 2).

VI. Hypothèque. — Les innovations introduites dans le régime hypothécaire se recommandent plutôt par le motif qui les a inspirées que par leur résultat pratique. En voulant trop renforcer la garantie que confère l'hypothèque, on a diminué et parfois détruit le crédit du débiteur : ici, comme en bien d'autres cas, le droit byzantin a manqué de mesure.

1° Comme en droit classique, l'hypothèque générale est la plus répandue dans l'usage : elle s'applique, sous Justinien, aux biens à venir comme aux biens présents (2). L'hypothèque spéciale offrait peu de sécurité dans les régions où le créancier n'avait aucun moyen de s'assurer que la chose était la propriété du constituant et n'était pas déjà grevée d'une première hypothèque. Il devait en être autrement en Égypte où de très bonne heure on organisa un système de publicité pour les droits réels immobiliers (3).

2° On a créé un assez grand nombre d'hypothèques légales. Mais au lieu de les réserver aux personnes incapables de se protéger elles-mêmes (mineurs, femmes mariées, aliénés, fils de famille) (4), on les a accordées sans nécessité à des personnes

(1) C., IV, 66, 1. C'est le cinquième contrat consensuel (p. 371).

(2) P. 310, 2. Just., C., VIII, 17, 9. On excepte quelques objets (*ibid.*, 1).

(3) C'est un des plus importants renseignements dont on doit la connaissance aux papyrus gréco-égyptiens. Un papyrus de l'an 186, cité p. 760, 1, atteste l'existence d'un cadastre (βιβλιοθήκη ἐκτήσεων) où l'on inscrivait, à la requête des intéressés, tous actes translatifs de propriété immobilière et de constitution d'hypothèque. Dans un édit du temps de Domitien, le préfet M. Mettius Rufus se plaint de ce qu'on néglige depuis longtemps d'inscrire les droits réels conformément aux anciens règlements; il en résulte, dit-il, une confusion déplorable; il invite les contrevenants à se mettre en règle dans les six mois : *Jubeo igitur omnes dominos intra sex menses proprium dominium inscribere in tabulario possessionum, et creditores quas habent hypothecas et ceteros quæ habent jura, descriptiones autem faciant declarans quisque unde descenderit in eos dominium... ne contrahentes per ignorantiam decipiantur* (trad. Bonfante). *Bull. d'Ist. di d. R.*, XIII, 61; Mitteis, *Arch. f. Pap.*, I, 179; 344; Naber, *ibid.*, 313. Cf. V. Mortet, *Rev. des Bibliothèques*, 1899.

(4) P. 798, 4. Just., C., V, 70, 7, 5; V, 9, 8, 3-4 (hypothèque des enfants sur

dont les intérêts auraient pu être sauvegardés par les moyens ordinaires, au mari pour assurer le payement de la dot, au légataire sur les biens de la succession (1).

A côté de ces dispositions, pour la plupart excessives, quelques améliorations réelles : 1° le droit de vente est devenu un attribut essentiel de l'hypothèque ; il ne peut plus être exclu par une clause contraire (2). L'hypothèque confère dans tous les cas un droit de préférence et un droit de suite ; 2° le pacte commissoire est prohibé (p. 312, 5) ; 3° l'hypothèque peut être établie par testament (p. 309, 4) ; 4° l'hypothèque légale du locateur d'une maison n'est plus réservée aux propriétaires de Rome et des environs ; elle peut être invoquée en tous lieux (3) ; 5° pour prévenir les contestations sur la date de l'hypothèque, on encourage les créanciers à faire constater leur hypothèque par un acte public ou par un acte privé signé de trois témoins honorables : on leur assure la préférence sur tous autres créanciers qui n'auront pas pris cette précaution (4) ; 6° le tiers détenteur d'une chose hypothéquée jouit d'un bénéfice de discussion personnel (p. 311, 2).

CHAPITRE II

Les obligations.

La théorie classique des obligations était restée inachevée à deux points de vue. Il restait : 1° à supprimer un certain nombre de règles qui n'avaient qu'une raison d'être historique ; 2° à mettre fin aux divergences qui subsistaient sur certains points. Le droit byzantin n'a pas su réaliser cette double tâche : à peine a-t-il tranché quelques controverses. S'il a élargi, à certains égards, la sphère d'application de la bonne foi, il a conservé bien des conséquences du droit strict. L'antagonisme du droit prétorien et du droit civil, qui trouvait son expression dans la procédure formulaire, a persisté malgré l'abolition des formules

les biens de leur père en raison des biens adventices, sur les biens du père ou de la mère remarié pour recouvrer les gains nuptiaux provenant du premier mariage).

(1) C., V, 13, 1, 1 *b*; VI, 43, 1, 2. On a voulu dispenser le testateur de constituer une hypothèque testamentaire ; le mari de recourir à une mesure de défiance bien délicate à prendre à la veille du mariage. Le droit antérieur défendait de cautionner les dots (Theod. I, C., V, 20, 1 ; Just., *eod.*, 2).

(2) P. 312, 7. Justinien a eu le tort de subordonner l'exercice du droit de vente à des formalités et à des délais peu favorables au crédit ; il permet toutefois de les écarter par une clause contraire.

(3) P. 308. Just., C., VIII, 94, 7.

(4) C'est une innovation de Léon en 469 (C., VIII, 18, 11).

et n'a plus de justification : Justinien n'a pas montré ici la même décision qu'en matière de propriété. Il n'a pas su davantage donner satisfaction aux besoins nouveaux de la pratique par des créations originales : il a eu recours à des moyens empiriques. Il a, par exemple, multiplié les dérogations au droit commun en créant des actions utiles : procédé commode, mais sans valeur scientifique. L'équité dont il s'inspire ne consiste plus à maintenir l'équilibre entre les droits des citoyens, mais à accorder à certaines personnes une faveur exceptionnelle. Bref, la théorie classique n'a été ni simplifiée, ni rectifiée, mais plutôt déformée.

I. Notion de l'obligation. — Cette notion a subi quelques modifications au double point de vue du lien de droit qu'elle suppose et du rapport qu'elle établit entre deux personnes.

§ 1er. *Relâchement des liens contractuels.* — Le lien de droit qui résulte de certains contrats a été sensiblement relâché.

1° *Vente.* — Justinien a rétabli la faculté, accordée par Dioclétien au vendeur d'immeuble, de demander la rescision de la vente pour lésion de plus de moitié. Cette dérogation au droit commun, introduite sans doute pour un cas spécial (1), a été généralisée dans une pensée d'humanité : on a jugé utile de venir au secours du vendeur que la misère a contraint à céder sa chose à vil prix.

2° *Louage.* — Une loi de Zénon, dont on n'a que le résumé, permet au locateur et au locataire de renoncer au louage dans l'année du contrat, et cela sans encourir la peine convenue pour inobservation du contrat. Le lien de droit, résultant du louage de chose, peut donc être brisé au gré de l'une des parties (2). Cette disposition exorbitante a eu vraisemblablement pour but de protéger les faibles contre les entreprises des Puissants (3). Ceux-ci pouvaient abuser de leur situation de deux manières : en imposant la location d'une de leurs terres à des conditions onéreuses pour le preneur ; en se faisant concéder la location d'une terre à des conditions désavantageuses pour le bailleur. Dans l'un et l'autre cas, celui qui n'avait pu résister à la pres-

(1) P. 402, 5. C'est pour cela que la législation postérieure semble l'ignorer. Ce cas est, d'après Monnier (II, 89), celui où la vente a été faite au profit d'un Puissant.

(2) Voir sur cette loi célèbre (C., IV, 65, 34) la belle étude de M. Monnier, citée p. 26, 4. Notre collègue a résolu les difficultés d'interprétation de ce texte, en montrant sa relation avec l'état économique et politique du Bas-Empire, et avec plusieurs décisions inspirées par le désir de protéger les faibles contre les *potentiores*.

(3) Cf. p. 556, 2. Rien de pareil pour le louage de services : voir les mesures prises par Zénon contre les grèves d'ouvriers en bâtiment (C., VIII, 10, 12, 9). Cf. Waddington, *Inscriptions grecques et latines de l'Asie Mineure,* III, 209.

sion dont il avait été l'objet avait, pendant un an, le droit de se dédire. Cette règle n'avait pas de raison d'être pour le louage des maisons : le bailleur peut, au moins dans certains cas, congédier le locataire (1) ; de son côté, le locataire sans terme peut s'en aller quand il veut (2).

3° *Contrats innommés.* — Le *jus pœnitendi,* admis dans quelques cas particuliers à l'époque classique (3), semble avoir, sous Justinien, une portée générale et s'appliquer à tous les contrats innommés (4). Il est vraisemblable que ce droit a été accordé ici pour une raison analogue à celle qui l'a fait introduire dans la vente, le louage et la donation, pour permettre aux faibles de se dédire d'une promesse extorquée par un Puissant (5).

§ 2. *Tempéraments d'équité.* — La conception de l'obligation, considérée comme un rapport entre deux personnes, a reçu de nouveaux tempéraments (6) : 1° on a généralisé la règle qui permet au tiers qui a traité avec un préposé d'agir contre le

(1) P. 429, 9. D'après Eisele (*Z. Sav. St.*, X, 30), la fin du rescrit de Caracalla aurait été interpolée : le droit de donner congé n'aurait été conféré au bailleur que par Justinien. Si cette manière de voir est exacte, c'est un argument très fort en faveur de l'opinion qui déclare la loi de Zénon inapplicable au louage des maisons : à quoi bon interpoler un texte pour donner au bailleur dans deux cas un droit qui lui appartiendrait d'une manière générale?

(2) Le louage de maisons présente cette particularité : c'est qu'en l'absence d'une convention expresse ou tacite qui en fixe la durée, le locataire peut s'en aller quand il veut (p. 429). Cette opinion, que l'on peut considérer comme l'opinion commune et qui est conforme à l'usage moderne, a été contestée par Mitteis (*Z. Sav. St.*, XXII, 138). Il soutient, sans distinguer entre le bail à terme et le bail sans terme, que le locataire ne peut jamais s'en aller quand il veut. Un texte que nous avons cité (Ulp., D., XLIII, 32, 1, 24) dit le contraire : *Ita tamen si conventio specialis facta est in conductione domus, ut non liceat ante finitum annum vel certum tempus migrare.* Mais ce texte aurait été interpolé, et la réserve qu'il contient serait l'application de la partie finale de la loi de Zénon qui permet aux contractants de renoncer au droit de rompre le bail. Cette assertion est très contestable : 1° la loi de Zénon confère le *jus pœnitendi* pendant un an ; notre texte admet que le délai peut être différent : *vel certum tempus;* 2° la loi de Zénon n'a été appliquée aux maisons que bien après Justinien ; 3° elle serait inexplicable si la renonciation au *jus pœnitendi*, autorisée dans sa partie finale, avait été admise dès l'origine : le plus ancien texte qui s'y réfère est de 741. Voir sur ces deux derniers points les arguments topiques présentés par Monnier, *Etudes,* II, 119, 114.

(3) P. 448, 2. Un rescrit de Marc-Aurèle et Commode autorise le *jus pœnitendi* dans le cas où un maître a vendu son esclave sous condition que l'acheteur l'affranchira : si l'affranchissement n'a pas lieu dans le délai fixé, l'esclave est libre de plein droit, à moins que le vendeur n'ait changé d'idée dans l'intervalle, *si nondum pœnituerat eum qui in hoc dedit* (Ulp., D., XII, 4, 5, 1 ; Callistr., D., XL, 8, 3).

(4) Voir les textes des Basiliques cités par Monnier, *Etudes*, II, 96.

(5) Ce rapprochement est fait par Leo, C., XI, 54, 1 pr. (Orient).

(6) Les Romains ont senti les inconvénients de leur conception trop étroite de l'obligation ; ils les ont simplement atténués (p. 332-342). Le Code civil allemand les a écartés en considérant l'obligation comme une valeur économique, susceptible de se transmettre, aussi bien que la propriété. Cf. Saleilles, *Cession de dettes*, 1890 ; Gaudemet, *Etude sur le transport des dettes à titre particulier*, 1898.

préposant (1); 2° on a autorisé le mandant à se prévaloir de l'hypothèque consentie à son mandataire pour sûreté d'un *mutuum* fait en son nom (2) ; 3° on a multiplié les exceptions à la règle qui annule les stipulations pour autrui (p. 332, 9) ; 4° on a admis la validité des stipulations ou promesses *post mortem*, en faisant prévaloir l'intention des parties sur les termes du contrat (p. 367, 4). L'*adstipulatio* a dès lors perdu sa raison d'être ; on ne la retrouve plus sous Justinien ; 5° on a facilité la cession de créances en conférant même au donateur une action utile contre le débiteur cédé (p. 542, 6).

II. Formation des obligations. — § 1er. *Contrats.* — Les contrats sont en principe les mêmes qu'en droit classique ; quelques-uns cependant sont tombés en désuétude, d'autres ont perdu leur caractère primitif, d'autres enfin sont de création nouvelle ou subordonnés à une condition nouvelle : la rédaction d'un écrit.

1° La fiducie a disparu de bonne heure avec la mancipation et l'*in jure cessio* (3). La *dotis dictio* est inutile depuis qu'un simple pacte suffit pour constituer une dot. Le *jusjurandum liberti*, mentionné au Digeste, ne l'est pas aux Institutes, ce qui donne à penser qu'il n'était guère usité. La stipulation subsiste, mais l'emploi de paroles solennelles, qui n'était plus imposé par le droit classique lorsqu'un écrit avait été rédigé, est supprimé dans tous les cas par Léon, en 472 (4). Plus grave est la modification résultant de l'usage de la stipulation écrite : la présence des parties à l'acte n'est plus indispensable, il suffit de la présence dans la cité au jour de la rédaction de l'acte (5). C'est une conception nouvelle, une forme d'acte qui n'a guère de commun que le nom avec la stipulation.

Le contrat *litteris* a disparu avec l'usage des *nomina transcripticia*. Justinien le constate, mais il prétend qu'il existe un autre mode de s'obliger par l'écriture : lorsqu'un emprunteur a souscrit un billet où il reconnaît avoir reçu un prêt qui n'a pas été réalisé, il n'est plus recevable à contester sa dette s'il laisse

(1) Just., IV, 7, 8. L'innovation a eu pour point de départ le cas où l'on a traité sur le *jussum* du préposant. On l'a étendue au cas des actions exercitoire et institoire et au cas d'*in rem versum*.

(2) P. 342, 5. Just., C., IV, 27, 2.

(3) P. 381, 1. On n'en trouve pas de trace certaine après Modestin (*Collat.*, X, 2, 2). La fiducie est bien mentionnée à côté du *pignus* dans des textes des IVe et Ve siècles (Honor., C. Th., XV, 14, 9; Sidon., Ep., IV, 24) et dans le Bréviaire d'Alaric (Paul, I, 9, 8; II, 4), mais on ne saurait affirmer que le mot ait conservé sa valeur technique. Cf. Voigt, *J. N.*, II, 940. — Avec la fiducie a disparu l'*usureceptio ex fiducia* (t. Ier, 643-645).

(4) P. 376. C., VIII, 37, 10.

(5) Just., *cod.*, 14, 2; Inst., III, 19, 12.

écouler le délai accordé pour exercer la *querela non numeratæ pecuniæ;* il est définitivement obligé. Mais l'obligation a sa cause dans le contrat de prêt et non dans l'écrit qui la constate. La confusion commise par Justinien s'explique par la valeur attribuée en Orient aux actes souscrits par le débiteur (1). — Cette valeur a été notablement augmentée grâce à deux innovations introduites par Justin et par Justinien dans la *querela non num. pec.* : elle n'est pas recevable contre un écrit constatant une dette antérieure (2); on ne peut plus l'exercer que pendant deux ans, et le demandeur qui succombe encourt la peine du double (3). La *querela* s'applique d'ailleurs, sous Justinien, soit aux prêts qui ont pour objet autre chose que de l'argent, soit à l'écrit par lequel un mari reconnaît avoir reçu une dot (4).

2° Les nouveaux contrats sont l'emphytéose (p. 828) ; le *contractus suffragii,* par lequel une personne qui sollicite une faveur de l'empereur promet à l'intermédiaire qui se charge d'appuyer sa demande (*suffragator*) une valeur déterminée en cas de réussite (5) ; une série de contrats innommés : Justinien a donné un large développement à l'action *præscriptis verbis* dont le droit classique avait consacré quelques applications (p. 445, 8). Tous ces contrats se forment sans aucune solennité.

3° S'il n'y a plus, à vrai dire, d'actes solennels comme dans l'ancien droit, l'écriture joue, dans la formation des actes juridiques, un rôle prépondérant. Les solennités antiques ont été remplacées par de nouvelles formes d'actes : confirmation par un rescrit du prince (p. 813, 3), déclaration faite devant un magistrat et enregistrée par un greffier (p. 811, 2), présence de témoins, rédaction d'un écrit par les parties ou par un notaire (p. 879, 6-7). En matière de contrats, ces formes d'actes ne sont pas obligatoires, mais les parties peuvent convenir qu'un écrit sera rédigé. Cette convention, qui était consacrée par l'usage au milieu du ve siècle (6), a pour effet de subordonner la for-

(1) Inst., III, 21 pr. Une loi d'Arcadius appelle *litterarum obligatio* l'obligation résultant du *mutuum* ou de toute autre cause, lorsqu'elle a donné lieu à une *cautio* (C. Th., II, 4, 6 : Orient).

(2) C., IV, 30, 13 Ce texte paraît avoir servi à interpoler Paul, D., XXII, 3, 25, 4. Cf. Windscheid, II, 310 et les auteurs cités.

(3) P. 386. C., IV, 30, 14; Nov., 18, 8. Le délai ne court pas contre les mineurs (Just., C., II, 40, 5).

(4) C., IV, 30, 14 pr. ; V, 15, 3 : délai d'un an depuis la dissolution du mariage (modifié par Nov., 100).

(5) Cette convention, réprouvée par Julien (C. Th., II, 29, 1), fut validée par Théodose Ier (C., II, 3, 1).

(6) Leo, C., VIII, 18, 11; Zeno, C., VIII, 53, 31 : *Si... secundum solitam observationem subscripserit.*

mation du contrat à la rédaction et à la *subscriptio* de l'acte, soit par le notaire et les parties, soit par les parties seulement si elles n'ont pas eu recours à un tabellion (1). Les règles classiques sont modifiées en conséquence : la vente *cum scriptura*, par exemple, ne se forme plus *solo consensu;* tant que l'écrit n'est pas signé, chacun des contractants peut se dédire impunément. — Il en est autrement si l'acheteur a remis des arrhes : il ne peut se dédire sans en perdre le montant; de même le vendeur ne peut renoncer au contrat sans restituer le double de ce qu'il a reçu. Les arrhes ne sont plus ici un mode de preuve comme dans les ventes sans écrit (2), mais un moyen de dédit (3).

§ 2. *Pactes prétoriens.* — Justinien a fusionné le *receptum argentariorum* avec le pacte de constitut (4). Le constitut a désormais pour objet toute sorte de choses; il est sanctionné par une action perpétuelle. Mais comme autrefois il suppose une dette préexistante, et l'on peut opposer au créancier les exceptions qu'on aurait pu faire valoir contre l'obligation primitive. En maintenant cette double règle, Justinien a méconnu l'utilité pratique du *receptum* (p. 459) : c'est comme si l'on décidait aujourd'hui que celui qui accepte une lettre de change peut opposer au porteur les exceptions qu'il aurait pu faire valoir contre le tireur.

§ 3. *Pactes légitimes.* — Le droit du Bas-Empire a consacré quelques dérogations à la règle : *Ex nudo pacto actio non oritur;* il a directement sanctionné certains pactes dont la cause a paru particulièrement favorable. On les appelle *pactes légitimes.*

1° *Pacte de constitution de dot.* — Depuis Théodose II le mari peut exiger la dot, en quelques termes que la promesse ait été

(1) Just., C., IV, 21, 17. La *subscriptio* n'était pas, comme de nos jours, une simple signature : elle contenait une déclaration relative à l'acte (p. 847, 7).

(2) P. 403, 4. D'après Inst., III, 23 pr., les arrhes peuvent être un moyen de dédit même dans les ventes sans écrit; mais, au début du texte, Justinien affirme qu'il n'entend pas innover dans ces sortes de ventes. Entre ces deux assertions contradictoires, il est difficile de se prononcer. Cf. Savigny, *Oblig.*, trad., II, 437.

(3) Tel était le caractère des arrhes dans les pays de civilisation hellénique (papyrus de Berlin, II, 446; Londres, *Brit. Mus.*, II, 211; Vienne, I, 19). En Égypte, les arrhes avaient une valeur supérieure à la moitié du prix. Cf. Gradenwitz, *Einführung in der Papyruskunde*, 1900, p. 81.

(4) C., IV, 18, 2. Le *receptum* n'était pas tombé en désuétude, car le § 2 maintient toutes les obligations antérieurement contractées par les banquiers. La fusion opérée par Justinien a une cause différente : les Grecs n'avaient pas de terme correspondant au mot *recipere*, ils se servaient du mot ἀντιφωνεῖν qui désignait aussi le constitut. Pour distinguer le *receptum* du constitut, il fallait examiner dans chaque cas l'objet de l'obligation et les personnes qui y avaient figuré : si parmi elles il y avait un *argentarius*, on appliquait les règles du *receptum*. L'expression *argenti distractor*, employée au § 2, est la traduction de ἀργυροπράκτης, nom technique de l'*argentarius :* il ne faut donc pas en conclure, avec Accarias (II, 623, 1), que le *receptum* ne s'appliquait qu'à l'argent monnayé ou aux lingots.

faite, qu'il y ait ou non un écrit, et alors même qu'il n'y aurait eu ni *dictio* ni stipulation subséquente (1).

2° *Pacte de donation.* — L'efficacité attribuée au simple pacte se rattache à une série d'innovations introduites dans la matière des donations. Pour prévenir les contestations sur l'existence et l'étendue du droit conféré, Constantin subordonna la perfection des donations à une triple condition (2) : rédaction d'un écrit indiquant les noms des parties, le droit conféré, l'objet donné ; tradition effective en présence d'un grand nombre de voisins pris à témoin ; déclaration consignée sur les actes du gouverneur de la province, ou à défaut sur les actes des magistrats locaux (3). Chacune de ces conditions a sa raison d'être : la première sert à prouver la donation, la seconde à empêcher un coup de force, une usurpation (4) ; la troisième est un mode de publicité. De ces trois conditions, la première n'est plus exigée par Théodose II qui permet de prouver de toute manière la donation (5) ; la seconde a été écartée par Constantin lui-même pour les donations entre ascendants et descendants et n'a jamais été appliquée, sauf de 415 à 417, aux donations avec réserve d'usufruit ; elle n'est plus exigée par Justinien (6) ; seule la troisième formalité, l'*insinuation*, a été de tout temps maintenue, mais Théodose II en a dispensé les donations *ante nuptias* qui ne dépassent pas 200 solides ; Justinien, toutes les donations inférieures à 300, puis à 500 solides, et même les donations supérieures à ce chiffre lorsqu'elles sont faites *ante nuptias*, pour le rachat des captifs ou pour d'autres causes favorables (7). La sanction de la formalité de l'insinuation est rigoureuse : la dona-

(1) C. Th., III, 13, 4 (Orient).

(2) La loi Cincia était encore en vigueur sous Constantin (C. Th., VIII, 12, 4); elle a dû bientôt après tomber en désuétude (Nov., 162, 1). Il n'était pas facile de l'appliquer lorsque la mancipation cessa d'être exigée, et que la tradition elle-même ou la stipulation ne fut pas toujours indispensable.

(3) *Vat. fr.*, 249 (de l'an 316). Cette formalité (*professio apud acta*) était depuis longtemps usitée (Alex., *Vat. fr.*, 266 *a.*; Diocl., *eod.*, 297). D'après C. Th., III, 5, 1, elle a été rendue obligatoire par le père de Constantin, Constance Chlore. Il y a des doutes sur l'exactitude de l'adresse et de la suscription de cette loi qui pourrait être de Constance et de l'an 349. Dans le texte original de la loi de Constantin, il n'est fait aucune allusion à la décision de Constance Chlore; la matière paraît être réglementée pour la première fois. Il est peu vraisemblable que, 3 ans après, Constantin, oubliant sa propre loi, se soit référé à celle de son père. Cf. Ed. Cuq, sur Borghesi, X, 436; Seeck, *Z. Sav. St.*, X, 216.

(4) *Ad excludendam vim atque irreptionem.* On craint que la donation n'ait été extorquée par un Puissant qui usera de violence pour obtenir la réalisation de la promesse. Cf. Monnier, *Etudes*, II, 85.

(5) C., VIII, 53, 29 (Orient).

(6) C. Th., VIII, 12, 7; Theod. II, *eod.*, 8 et 9.

(7) Theod. II, C. Th., III, 13, 4; Just., C., VIII, 53, 34; 36.

tion non insinuée est nulle (1), mais seulement pour ce qui excède 500 solides (2). — Pour empêcher la donation des biens d'autrui, Constantin exige que l'insinuation soit faite dans les actes du magistrat du domicile du donateur (3). — Pour faciliter les donations, qui avaient souvent un but pieux, Justinien décida qu'elles seraient parfaites par le seul accord de volontés des parties (4) ; la tradition n'est plus qu'un mode d'exécution de la promesse. La donation fut dès lors un pacte légitime (5).

A côté de ces innovations relatives à la forme, il en est qui concernent l'effet des donations : 1° Elles sont révocables pour ingratitude. Le droit de révocation fut accordé d'abord aux père et mère (6), puis à tous les ascendants (7). Justinien l'a concédé à tous les donateurs, mais pour éviter des difficultés d'appréciation, il a fixé dans la loi les cas d'ingratitude (8). Le droit de révocation est sanctionné par une action personnelle ; il ne peut donc s'exercer contre les tiers qui ont acquis sur la chose un droit réel. Le donateur seul a qualité pour en faire usage, et il ne peut s'en prévaloir contre les héritiers du donataire (9). — 2° La donation faite par un patron sans enfants à son affranchi

(1) Les donations entre époux, supérieures à 500 solides et non insinuées peuvent être validées par le testament du conjoint donateur : on les traite dans ce cas comme des donations à cause de mort (C., V, 16, 25). A tous autres égards, Justinien leur applique les règles des donations entre vifs (p. 693, 1, cf. 689, 1).

(2) *Ibid.*, 34, 1. Si l'objet donné ne peut être divisé sans inconvénient, le donateur ou le donataire qui a la plus forte part peut conserver l'objet entier en désintéressant l'autre partie. — Lorsqu'une personne a reçu du même donateur plusieurs libéralités, chacune d'elles doit être appréciée séparément; on n'a pas à rechercher si le total dépasse 500 solides. — Les donations de rente viagère sont dispensées d'insinuation lorsque l'annuité ne dépasse pas 500 solides (*ibid.*, 34, 2-4).

(3) C. Th., VIII, 12, 3.

(4) C., VIII, 53, 35, 5; Inst., II, 7, 2. Une règle analogue semble avoir été posée par Antonin le Pieux pour les donations entre ascendants et descendants (C. Th., VIII, 12, 4) : on n'exige ni mancipation ni tradition, mais seulement la preuve de la volonté de donner. Mais il est bien douteux qu'Antonin ait entendu attribuer au pacte une efficacité qui lui faisait défaut : son but était d'empêcher une recherche indiscrète entre proches parents (Diocl., *Vat. fr.*, 314). Si l'on produit un écrit attestant que le donataire a été mis en possession, le donateur n'est pas admis à prouver que la tradition n'a pas été effective. D'ailleurs, si Antonin a permis de faire une donation par un simple pacte, l'innovation n'a pas été maintenue par ses successeurs (*Vat. fr.*, 263, 293, 297). Cf. Machelard, *Dissertations*, 360.

(5) *Contractus donationum* : Inst., C., IV, 21, 17.

(6) C. Th., VIII, 13, 1-2 (Orient). Le droit du père fut établi par Dioclétien et Maximien; celui de la mère soumis à des conditions spéciales par Constance en 349.

(7) Valent. III, *eod.*, 6 (Occident).

(8) C., VIII, 55, 10 : injure grave, attentat à la vie du donateur, dommage considérable causé à ses biens, refus d'accomplir les charges de la donation. Cette dernière cause d'ingratitude donne lieu à une difficulté, celle de savoir si Justinien a entendu abroger les lois antérieures qui sanctionnaient d'une manière plus efficace le droit de révocation pour inexécution des charges (p. 684). Le doute vient de ce qu'il a reproduit ces lois dans ses compilations. Ce doit être une inadvertance.

(9) *Ibid.*, 7 et 10, 2.

n'est plus révocable *ad nutum*, mais seulement pour survenance d'enfants (1). — 3° Lorsqu'une donation est faite sous un terme ou une condition résolutoire, la propriété retourne de plein droit au donateur à l'arrivée du terme ou de la condition. C'est l'application de la règle nouvelle qui admet le transfert de la propriété *ad tempus* (2).

§ 4. *Délits.* — La matière des délits privés n'a qu'une importance secondaire au Bas-Empire : la plupart de ces délits donnent lieu à une poursuite criminelle ; c'est surtout à ce point de vue qu'on s'en est occupé. Telles sont les mesures prises par Constantin et par Valens contre les auteurs de libelles diffamatoires anonymes (3), par Zénon sur l'exercice de l'action criminelle d'injures par ou contre une personne de rang illustre (4). La répression civile du vol a été simplifiée : les actions *furti concepti*, *oblati, prohibiti*, *non exhibiti* sont tombées en désuétude; il ne reste que les actions *furti manifesti* ou *nec manifesti* (5).

III. Extinction des obligations. — Les principales innovations ont trait à la novation et à la compensation (6).

§ 1er. *Novation.* — La *novation* n'exige plus l'identité de prestation : on peut augmenter ou diminuer la quantité due, et sans doute aussi changer l'objet de la dette. L'intention de nover doit être expresse : on espère prévenir ainsi des contestations trop fréquentes sur la volonté des parties. La novation peut résulter d'un changement dans les accessoires de l'obligation (7) (addition ou suppression d'un gage ou d'une caution).

§ 2. *Compensation.* — La *compensation* est soumise par Justinien à des règles nouvelles : *a*) Elle ne doit être admise par le juge que si la créance, opposée par le défendeur, est liquide. On n'exige pas, comme en droit moderne, que la créance puisse

(1) Constantius et Constans, C. Th., VIII, 13, 3.

(2) P. 200; 423, 2. Just., C., VI, 37, 26 : *Cum enim jam constitutum est fieri posse temporales donationes.* Cf. l'interpolation d'un rescrit de Dioclétien (*Vat. fr.*, 283) dans C., VIII, 54, 2. Cette interpolation a été contestée par M. Appleton (*Propriété prétorienne*, II, 176) qui pense que, même sous Justinien, la propriété ne saurait être transférée *ad tempus*. Mais la comparaison des deux textes prouve leur identité originaire et rend manifeste la correction de Justinien (Pernice, III, 9).

(3) Constantin., C. Th., IX, 34, 1 : peine de mort. Valens invite l'auteur du libelle à se faire connaître et lui promet une récompense s'il prouve l'exactitude de ses assertions (C., IX, 36, 2).

(4) Inst., IV, 4, 10 : faculté de ne pas comparaître en personne.

(5) Inst., IV, 1, 4. Dans le cas prévu au § 8, Justinien assimile la tentative de vol au délit consommé.

(6) En voici une autre : les quittances de payement n'ont force probante que 30 jours après leur date; jusque-là elles peuvent être contestées par une sorte de *querela non num. pec.* (C., IV, 30, 14, 2).

(7) C., VIII, 41, 8; Inst., III, 29, 3. Cf. un texte interpolé (Jul., D., XLV, 1, 58) qui semble admettre la novation en cas de diminution de l'objet dû.

être exprimée par un chiffre : il suffit qu'elle soit facile à vérifier et à estimer en argent. On a voulu remédier à un abus, empêcher le défendeur de retarder la solution du litige en formant au dernier moment une demande reconventionnelle plus ou moins compliquée (1). On n'exige pas non plus, comme en droit moderne, que la créance du demandeur soit liquide : les difficultés que peut soulever la liquidation de cette créance ne sauraient priver le défendeur du bénéfice de la compensation. — *b*) La compensation peut être opposée aux actions réelles comme aux actions personnelles. Cette règle, assez étrange au premier abord, ne signifie sûrement pas que l'on peut compenser deux choses aussi dissemblables qu'un objet corporel et une créance : la compensation ne se conçoit que pour les prestations pécuniaires auxquelles une action réelle peut donner lieu, par exemple en raison des fruits consommés par un possesseur de mauvaise foi ou qu'il a négligé de percevoir. — *c*) La compensation a lieu *ipso jure* en vertu de toute espèce d'action. Cela ne veut pas dire que la compensation soit légale, comme en droit moderne : une pareille compensation ne serait possible ni dans les actions réelles, ni dans les actions personnelles ayant pour objet autre chose que de l'argent (2). Les mots *ipso jure* signifient sans doute que c'est le droit civil qui désormais permet au juge de tenir compte de la compensation ; il n'y a plus comme autrefois des procédés distincts pour la faire valoir (*compensatio*, *deductio*, *exceptio doli*) (3). — *d*) La compensation est exclue en cas de dépôt, de commodat, de spoliation. La restitution de l'objet déposé, prêté ou enlevé par violence ne doit être retardée par aucune demande reconventionnelle (4).

IV. Cautionnement. — Les réformes de Justinien se rattachent à deux idées principales : simplifier les modes et les règles du cautionnement, améliorer la situation des cautions.

(1) Pour le même motif, Nov. 96, 2, oblige le défendeur à former sa demande reconventionnelle au début de l'instance, et devant le juge saisi de la demande principale, alors même qu'il serait incompétent pour connaître directement de la demande reconventionnelle (Zeno, VII, 51, 5; Just., VII, 45, 14). Le défendeur peut cependant récuser le premier juge dans les 20 jours de l'assignation et demander le renvoi des deux demandes devant un autre juge (Nov., 96, 2, 1).

(2) Elle n'a pas été dans la pensée de Justinien qui donne des instructions aux juges sur la manière dont ils doivent l'admettre, et qui a conservé au Digeste les textes classiques sur la compensation judiciaire.

(3) C., IV, 31, 14. L'erreur, commise par les anciens interprètes qui avaient cru trouver dans le droit romain la compensation légale, est d'autant plus excusable qu'elle a été commise par Théophile dans sa paraphrase. Peut-être a-t-elle aussi motivé l'interpolation de C., IV, 31, 4. Cf. Appleton, *Compensation*, 418-483.

(4) C., IV, 34, 11; IV, 31, 14, 2. Cf. C. civ., 1293, 1885.

1° Les trois variétés d'*adpromissio*, dont la création ne s'expliquait que par des raisons historiques, ont été réduites à un mode unique, la fidéjussion. Il n'y a plus d'ailleurs de formule spéciale pour contracter cet engagement. Les lois propres à la *sponsio* et à la *fidepromissio* (I, 703-704) sont tombées en désuétude ; la loi Cornelia, restrictive du cautionnement, a pareillement disparu. A côté de la fidéjussion subsistent le *mandatum credendi* et le constitut, mais ils sont soumis, autant que possible (1), à des règles uniformes : le bénéfice de discussion leur a été accordé simultanément (2) ; le bénéfice de division a été étendu aux constituants. Enfin et surtout on a assimilé le fidéjusseur au *mandator* quant à la poursuite en justice : la *litis contestatio* engagée avec le débiteur ne libère plus le fidéjusseur ; le créancier peut poursuivre successivement chacune des personnes tenues de la même dette jusqu'à ce qu'il ait obtenu satisfaction. En édictant cette règle, Justinien ne fit que sous-entendre une convention très répandue dans la pratique (3).

2° La création du *bénéfice de discussion* a sensiblement amélioré la situation des cautions ; elles jouissent de plein droit d'un avantage qu'elles n'obtenaient autrefois que par une convention spéciale (4) : le créancier ne peut agir contre la caution avant d'avoir discuté le débiteur principal. Le bénéfice de discussion transforme le débiteur accessoire en un débiteur subsidiaire. La réforme aurait pu être bonne si elle avait été contenue dans de justes limites ; il n'y en a qu'une et elle est insuffisante : le bénéfice de discussion est refusé en cas d'absence du débiteur. On ne pouvait sans injustice forcer le créancier à exercer une poursuite rendue lente et coûteuse en raison de la distance, alors qu'il peut obtenir une satisfaction immédiate en s'adressant à la caution. Il aurait dû en être de même en cas d'insolvabilité du débiteur ; pourquoi forcer le créancier à perdre son temps et son argent à exercer une poursuite qu'on sait d'avance inutile ?

(1) Cf. p. 554. Le *mandatum credendi* reste moins avantageux pour le créancier qui est responsable de sa faute et de sa négligence.

(2) Nov., 4, 1. Une seule exception a été faite pour les banquiers qui se sont obligés par constitut (*ibid.*, 4, 3, 1).

(3) C., VIII, 40, 28 : *In usu quotidiano*.

(4) P. 548. Le bénéfice de discussion a-t-il rendu inutile la *fidejussio indemnitatis?* L'intérêt de la question est de savoir si le créancier qui n'a pas poursuivi le débiteur à l'échéance est déchu de son recours contre le fidéjusseur si le débiteur devient plus tard insolvable. La *fidejussio indemnitatis* impose au créancier une responsabilité exceptionnelle qui ne saurait être admise en l'absence d'une clause spéciale : elle oblige le créancier à user de rigueur envers son débiteur, à lui refuser tout délai. Cela n'est pas la conséquence normale du cautionnement. La caution ne peut d'ailleurs se plaindre : il dépend d'elle de payer de suite le créancier et d'exercer aussitôt son recours contre le débiteur. Cf. LABBÉ, sur Ortolan, III, 849.

L'imprudence du législateur a sacrifié sans nécessité l'intérêt du créancier (1). C'est peut-être pour corriger ce résultat que, sur la plainte des banquiers de Constantinople, Justinien autorisa les *argentarii* qui recevaient des cautions à exiger leur renonciation écrite au bénéfice de discussion (2).

Un autre bénéfice a été accordé aux cautions par Justinien : ils sont admis à invoquer le délai de grâce de quatre mois accordé au débiteur principal pour exécuter la condamnation prononcée contre lui. Auparavant, le créancier qui ne pouvait poursuivre l'exécution du jugement contre le débiteur avant deux mois, ne manquait pas de se retourner contre la caution. Celle-ci exerçait un recours immédiat contre le débiteur qui était privé du délai que la loi avait entendu lui accorder (3).

V. Solidarité. — Le rapprochement de la solidarité et du cautionnement s'impose au Bas-Empire ; Justinien a étendu à la solidarité passive deux règles introduites pour le cautionnement : 1° il a permis au créancier d'agir successivement contre chacun des codébiteurs solidaires jusqu'à parfait payement. On n'a plus à craindre l'effet extinctif de la *litis contestatio* (4). L'obligation solidaire est à cet égard traitée comme l'obligation *in solidum* (5). C'est un progrès notable, l'abandon d'une règle qui n'avait qu'une raison d'être historique ; 2° peu d'années après avoir pris cette mesure favorable au créancier, Justinien crut équitable d'accorder aux codébiteurs solidaires le bénéfice de division. C'était là une grave innovation (6), une modification arbitraire de la clause de solidarité. Si cette clause n'avait pour but que de mieux assurer le payement de la dette, le béné-

(1) L'opinion contraire a été soutenue en Allemagne au point de vue de l'application pratique de la règle romaine ; mais on reconnaît que c'est une extension fondée sur une raison d'analogie (Windscheid, II, 478). Le Code civil, en consacrant le bénéfice de discussion, a fait disparaître les imperfections de la législation de Justinien (a. 2021-2024).

(2) Nov., 136, 1. Kroll date cette novelle du 1er avril 535, ce qui est impossible, car la Nov. 4 qu'elle modifie est du 15 juin.

(3) P. 883. C., VII, 54, 2; 3, 3.

(4) C., VIII, 40, 28, 2. Le texte ne parle pas de la solidarité active. C'est une question discutée que de savoir si le jugement rendu à l'égard de l'un des codébiteurs solidaires, quant à l'existence de la dette, est opposable aux autres. Cette question, qui ne se posait pas à l'époque classique où l'on ne pouvait agir qu'une fois, est résolue affirmativement (pour les rapports du débiteur et de la caution) par un texte (interpolé) de Pomponius (D., XII, 2, 42, 3). Cf. Labbé, sur Ortolan, III, 825, 5.

(5) P. 330. La distinction des deux sortes d'obligations n'a pas pour cela disparu : l'intérêt subsiste quant à l'effet d'un acte interruptif de la prescription accompli à l'égard de l'un des codébiteurs, peut-être aussi quant à l'effet du jugement rendu contre l'un d'eux sur l'existence de la dette.

(6) Marcellus (D., XIX, 2, 47) permet au créancier d'écarter la division réclamée par un codébiteur tenu d'une action de bonne foi en offrant la cession de ses actions. En 259, Valérien et Gallien refusent le bénéfice de division (C., IV, 65, 13).

fice de division entre codébiteurs solvables pourrait être considéré comme un tempérament d'équité qui ne nuirait pas au créancier ; mais elle a aussi pour but de faciliter la poursuite en permettant au créancier d'obtenir son payement d'un seul débiteur : à cet égard le bénéfice de division est en contradiction avec la clause de solidarité ; on ne tient aucun compte de la volonté des parties (1). — Plus judicieuses sont les règles suivantes : la reconnaissance de la dette par l'un des codébiteurs est opposable aux autres ; la prescription interrompue à l'égard de l'un ne court pas à l'égard des autres. Ce sont des conséquences de l'idée que l'obligation est la même pour tous les débiteurs (2).

VI. Mesures de protection en faveur de certains débiteurs. — § 1er. *Abaissement du taux de l'intérêt.* — Le taux légal de l'intérêt fut réduit par Justinien à 6 pour 100 en matière civile (3), 8 pour 100 en matière commerciale, 12 pour 100 pour le prêt à la grosse. Par exception, les personnes illustres ne peuvent exiger plus de 4 pour 100 (4). A l'inverse, les sommes dues en capital en vertu d'un jugement de condamnation qui n'a pas été exécuté dans les quatre mois de sa date ou de sa confirmation en appel produisent de plein droit des intérêts à 12 pour 100 (5). Théodose Ier a rétabli contre les usuriers la peine du quadruple, mais sa loi n'a pas été maintenue par Justinien qui n'a conservé que la peine de l'infamie (6). Deux autres mesures ont été prises en faveur des débiteurs d'un capital productif d'intérêts : 1° la prohibition de l'anatocisme a été étendue aux intérêts échus (7) ; 2° les intérêts cessent de courir, non seulement lorsque l'arriéré devient égal au capital, mais même lorsque la somme des intérêts déjà payés est égale au capital (8). Il y a là une disposition excessive : on conçoit que le créancier soit puni de sa négligence à exiger les intérêts, mais pourquoi le frapper de déchéance

(1) Nov., 99. On a cru pendant longtemps que ce bénéfice était restreint au cas où les codébiteurs solidaires s'étaient cautionnés réciproquement (Accarias, II, 207). Mais il est reconnu aujourd'hui que la *fidejussio mutua* était, dans les pays de civilisation grecque, la forme habituelle de la clause de solidarité. Voir les textes cités par Mitteis, *Reichsr.*, 184.

(2) P. 328, 3. C., VIII, 39, 4; cf. C. civ., 1206. La même règle est appliquée à la solidarité active, mais non à l'obligation *in solidum*.

(3) Pour favoriser l'agriculture, le taux de l'intérêt des prêts d'argent consentis aux cultivateurs fut, en 535, réduit à 1/24 = 4,16 0/0; celui des prêts de denrées fut fixé à 1/8 = 12,5 0/0 (Nov., 32).

(4) C., IV, 32, 26, 7. Modifié Nov., 106; 110.

(5) C., VII, 54. 2, Auparavant le délai était de 2 mois, l'intérêt de 24 pour 100.

(6) T. Ier, 351, 1; II, 387, 6; C. Th., II, 33, 2. Sur les variations de la législation antérieure à Justinien, cf. Billeter, *Gesch. der Zinsfusses*, 179.

(7) P. 388, 1. C., IV, 32, 28.

(8) P. 387, 8; Nov., 121; 138. Exception pour les rentes dues aux cités (Nov., 160).

lorsqu'il a usé régulièrement de son droit? L'innovation n'eut d'autre résultat que de forcer le créancier à limiter la durée de son prêt ; la faveur accordée au débiteur se retourna contre lui.

§ 2. *Dation en payement nécessaire.* — Le débiteur d'une somme payable en or peut, s'il n'a pas de numéraire et ne trouve pas à vendre ses immeubles pour s'en procurer, forcer son créancier à les recevoir en payement au prix d'estimation fixé par le magistrat (1).

§ 3. *Limitation des dommages-intérêts judiciaires.* — Dans certains contrats, tels que la vente et le louage, les dommages-intérêts accordés par le juge en cas d'inexécution, ne peuvent excéder le double de la quantité due (2).

§ 4. *Restrictions à la cession d'actions.* — La cession d'actions donnait lieu à de graves abus que la loi s'est efforcée de réprimer. Ces abus étaient surtout à craindre lorsque le cessionnaire était un Puissant ou un spéculateur achetant à vil prix des créances douteuses. Des mesures ont été prises soit contre les cessionnaires de droits litigieux, soit contre les acheteurs de créances en général.

1° *Droits litigieux.* — A la fin du IIIe siècle, une loi de Claude le Gothique, confirmée par Dioclétien, défend à un plaideur, à peine de déchéance, de se placer sous le patronage d'un Puissant pour agir en justice ; à un Puissant d'agir comme cessionnaire d'un droit litigieux, sous peine d'être puni sévèrement (3). En 380, Théodose Ier décide que si l'on a disposé à cause de mort d'un droit litigieux au profit du fisc, d'un Puissant ou de toute autre personne, le bénéficiaire ne pourra faire valoir le droit en justice; il n'aura que la faculté d'en exiger l'estimation; le procès sera suivi par les héritiers du disposant (4). En 532, Justinien défend d'une manière générale la cession de droits ou d'objets litigieux (5). Exception est faite pour les cessions à titre de dot, de donation *ante nuptias;* de transaction en exé-

(1) Nov., 4, 3, de l'an 535.

(2) La règle s'applique, d'après Justinien (C., VII, 47, 1), aux cas *qui certam habent quantitatem vel naturam* et à tous les contrats, à l'exclusion des *casus qui incerti esse videntur*. La portée de cette décision est controversée; il est vraisemblable qu'elle ne s'applique pas aux délits. Cf. Vangerow, III, 46.

(3) C., II, 13, 1.

(4) C., VIII, 36, 3. Sur la date et le destinataire de cette loi, Ed. Cuq, sur Borghesi, X, 270, 12.

(5) C., VIII, 30, 5. Le cessionnaire qui a acquis sciemment la chose litigieuse doit la rendre et ne peut se faire rembourser le prix ; le cédant doit payer au fisc une somme égale à celle qu'il a reçue. Le cessionnaire de bonne foi a droit à la restitution du prix et d'un tiers en sus à titre de peine pour le cédant. Mêmes décisions en cas de cession à titre gratuit, mais le prix est remplacé par l'estimation de la chose.

cution d'un partage d'hérédité, d'un legs ou d'un fidéicommis.

2° *Créances.* — Les restrictions à la cession des créances sont spéciales ou générales. Il y a deux restrictions spéciales : 1° Honorius a défendu de céder une créance quelconque à un Puissant sous peine de déchéance ; 2° Justinien a interdit sous la même peine, aux tuteurs et curateurs, de se rendre cessionnaires d'une créance contre la personne qui est ou a été soumise à leur tutelle ou curatelle (1). La restriction générale a été établie, en 506, par Anastase, en haine des acheteurs de créances; elle s'applique à toute personne qui achète une créance à un prix inférieur à sa valeur nominale : le débiteur a la faculté de se libérer en remboursant au cessionnaire le prix qu'il a payé. Exception est faite pour les cessions à titre gratuit ou entre cohéritiers, pour la cession à titre de dation en payement ou en exécution d'un legs ou fidéicommis. Dans tous ces cas l'idée de spéculation est exclue. On essaya cependant d'éluder la loi en achetant une part de la créance et en se faisant donner le surplus : Justinien déjoua cette fraude en décidant que la cession serait réputée faite à titre onéreux pour le tout (2).

§ 5. *Bénéfice de compétence.* — Justinien a étendu à tous les débiteurs qui jouissent du bénéfice de compétence une faveur d'abord réservée au donateur : le juge doit toujours leur laisser de quoi vivre (p. 682, 4). Cette décision fait honneur aux sentiments d'humanité du législateur bien plus qu'à son sens pratique : et en effet, l'actif se calculant, sauf quelques exceptions, sans déduire les dettes, ce qu'on laissera au débiteur poursuivi par un premier créancier sera saisi par un créancier qui se présentera ensuite. Pour que la règle fût efficace, il faudrait que le débiteur n'eût qu'un créancier ou qu'il pût opposer à tous le bénéfice de compétence.

CHAPITRE III

Les successions à cause de mort.

Le régime successoral du droit classique se rattachait par trop de liens aux coutumes romaines, pour être susceptible d'une

(1) Honor., C., II, 13, 2 (Italie). Sur la date et le destinataire, Ed. Cuq, *op. cit.*, 594, 3. — Nov., 72, 5.

(2) C., IV, 35, 22 et 23. La loi d'Anastase est excessive : quelques auteurs la restreignent à la cession de droits litigieux, et cette interprétation a été consacrée par C. civ., 1699. Mais cette cession est soumise à des règles différentes, comme le prouve C., II, 13, 5.

application générale. Dans les régions de l'empire où les mœurs étaient différentes, le droit local persista après l'édit de Caracalla (1). Les empereurs se sont efforcés d'établir en cette matière l'unité de législation en s'inspirant des idées plus larges que le christianisme avait répandues chez tous les peuples. C'est une des parties du droit romain qui ont été le plus profondément remaniées. Les idées neuves abondent : délation de l'hérédité d'après l'affection présumée du défunt (descendants, ascendants, collatéraux) ; préférence des cognats aux agnats, des germains aux consanguins ou utérins ; des neveux et nièces aux oncles et tantes du même degré ; égalité des sexes quant aux droits de succession ; droits des enfants naturels et du conjoint pauvre ; transmissibilité du droit héréditaire avant l'adition ; bénéfice d'inventaire.

I. Successions testamentaires. — § 1er. *Formes.* — Les innovations ont eu pour but de simplifier les formes et d'assurer la conservation des testaments, de faciliter l'exercice du droit de tester.

1° Des anciens modes de tester du droit civil ou du droit prétorien il ne reste, sous Justinien, que le testament verbal ou nuncupatif fait devant sept témoins (2). En Orient, dès l'an 339, Constance dispense les testateurs de toute solennité : il suffit que leur volonté soit clairement exprimée et consignée sur une matière quelconque (3). En 439, Théodose II a introduit en Orient un nouveau mode de tester par écrit, le testament *tripartite* (4), surtout usité lorsqu'on veut faire un testament secret (5). Le testateur, après avoir écrit ou fait écrire par un tiers ses dernières volontés (6), présente à sept témoins l'acte scellé et lié, ou seulement clos ou enroulé. Il déclare que cet acte contient son testament, puis met au bas sa souscription (7) sur la partie restée libre et invite les témoins à en faire autant et à

(1) Voir le livre de droit syro-romain, p. 303 ; et pour l'Arménie, Nov., 21.

(2) Theod. II, C., VI, 23, 21, 4, de l'an 439.

(3) C. VI, 23, 15 pr. : *Placuit ademtis his quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam.* Cf. 15, 2.

(4) Ainsi appelé parce que ses formalités ont une triple origine : la présence des témoins et l'unité de l'acte viennent du droit civil ; le nombre des témoins et l'apposition des cachets, du droit prétorien ; la souscription des témoins et du testateur, des lois impériales (Inst., I, 10, 3). Si le testateur ne peut signer, il faut un huitième témoin (Nov. *Theod.*, 16, 3). Le testament peut être rédigé en grec (*ib.*, 8).

(5) *Ib.*, 1. C'est un mode analogue à notre testament mystique (C. civ., 976).

(6) Novelles (66, 1, 1) obligea le testateur à écrire de sa main les noms des institués, sinon il devait les faire connaître verbalement aux témoins qui les mentionnaient dans leur *subscriptio*. Abrogé par Nov., 119, 9.

(7) Les papyrus de Ravenne, publiés par Marini, prouvent que cette *subscriptio* n'est pas une simple signature (Cf. Savigny, *Gesch. d. r. Rechts*, II, 190). La souscription des témoins existait au temps de Constantin (C. Th., IV, 4, 3, 2), alors

apposer leur cachet (1), sinon le testament serait *imperfectum* (2). Les formalités doivent être accomplies *uno contextu* sans qu'on puisse les interrompre pour procéder à un autre acte (3).

2° Pour assurer la conservation des testaments, il était d'usage, dans les pays de civilisation grecque (4), de les faire enregistrer dans les actes du gouverneur de la province ou des magistrats municipaux. Honorius consacra cet usage en Italie; il permit également d'adresser les testaments à l'empereur qui en ordonnait le dépôt dans ses archives (5).

3° Des mesures ont été prises pour faciliter l'exercice du droit de tester aux aveugles, aux sourds, aux muets, aux paysans (6).

qu'il était d'usage de leur donner lecture du testament pour qu'ils pussent en certifier l'authenticité. Lorsque Théodose dispensa le testateur de cette lecture pour assurer le secret des dispositions, il dut imaginer une formalité qui garantît aux témoins que l'acte à eux présenté était bien le testament de celui qui les avait convoqués : cette formalité fut la souscription du testateur (Cf. Bruns, *Die Unterschriften in d. röm. Rechtsurkunden*, 1876, p. 88). Sous Justinien, elle est inutile lorsque le testateur déclare qu'il a écrit lui-même le testament (C., VI, 23, 28, 6).

(1) Théodose n'exige que la *signatio* et la *subscriptio;* mais, d'après un papyrus de Ravenne, qui contient le procès-verbal d'ouverture d'un testament de l'an 474 (Savigny, *Verm. Schr.*, III, 141; Girard, *Textes*, 729), il y avait aussi une *superscriptio* à côté du cachet. Elle était, comme le nom l'indique, placée sur la partie extérieure du testament, tandis que la *suscriptio* était à l'intérieur ; ce n'était d'ailleurs qu'une souscription abrégée en raison de l'exiguïté de la place dont on disposait. Si Théodose n'en parle pas, c'est qu'à vrai dire elle n'est pas une formalité requise pour la perfection du testament, mais un moyen de reconnaître la personne qui a apposé le cachet. Un témoin qui appose son cachet sur un acte sans *superscriptio* fait un acte nul (Ulp., 39 ad Ed., D., XXVIII, 1, 22, 4). Cette double souscription se conçoit difficilement dans le testament secret lorsqu'il est *ligatum vel clausum ;* mais s'il est, suivant l'usage, enroulé, la *subscriptio* pouvait être mise à l'extrémité du rouleau de parchemin ou de papyrus (Nov. *Val.*, 20, 2, 5), le cachet et la *superscriptio* sur la partie extérieure.

(2) Le testament *imperfectum* est efficace s'il révoque un testament antérieur au profit des héritiers *ab* intestat; mais le changement de volonté doit être attesté par cinq témoins (Nov. *Theod.*, 16, 5 et 7). Cf. p. 653, 4.

(3) Ulp., 2 ad Sab., D., XXVIII, 1, 21, 3. Voir cep. Nov. *Val.*, 20, 2, 4.

(4) Arcad., *eod.*, 18 : *Mos... fidelissimæ vetustatis... in hac urbe;* Papyrus d'Oxyrhynkos, 106-107. Cf. Mitteis, *Hermes*, XXXIV, 103.

(5) C., VI, 23, 19; Nov., *Valent.*, XX, 1, 3. Par une innovation singulière et qui peut-être fut inspirée par l'état troublé de l'Occident au début du v[e] siècle, les testaments qui ont dix ans de date sont révoqués de plein droit. Les témoins, dit Honorius, ont dû périr dans l'intervalle, et le testateur a dû changer d'intention (C. Th., IV, 4, 6). Ces raisons n'ont pas de valeur générale; elles n'ont pu avoir une apparence de vérité qu'à une époque voisine de l'invasion des Barbares dans l'Italie et les Gaules. La loi a été abrogée par Justinien ; le délai de dix ans n'a d'autre effet que de valider une révocation irrégulièrement faite par une simple déclaration devant trois témoins ou *apud acta* (C., VI, 23, 27).

(6) Les aveugles doivent tester en présence de 7 témoins et d'un *tabularius* ou, à défaut, d'un huitième témoin, et leur donner connaissance de leurs dispositions (Justinus, C., VI, 22, 8). Depuis Justinien (II, 12, 3), les sourds-muets qui savent écrire peuvent tester. A la campagne, en raison de la difficulté de trouver des témoins qui sachent écrire, on n'en exige que 5, et encore suffit-il qu'un seul puisse signer : il signera pour les autres (C., VI, 23, 31).

En Occident, ceux qui ne pouvaient se procurer de témoins, étaient autorisés à faire un testament olographe (1). Les ascendants sont plus favorisés encore : leur testament ne peut être attaqué pour vice de forme lorsqu'il est fait au profit des descendants (2). A l'inverse, les privilèges des militaires ont été restreints aux soldats en expédition (3).

§ 2. *Capacité.* — La capacité d'être institué a été accordée à toutes les cités de l'empire, aux établissements religieux et d'une manière générale aux personnes incertaines (4). Elle est refusée, ainsi que la capacité de tester, aux apostats et aux hérétiques.

§ 3. *Exhérédation.* — Justinien a mis fin aux divergences qui existaient entre le droit civil et le droit prétorien : le testateur doit instituer ou exhéréder *nominatim* tous ses descendants légitimes (les descendants par les femmes exceptés), qu'ils soient ou non sous sa puissance, même les posthumes, mais pourvu qu'ils soient en ordre utile pour succéder. Il n'y a plus à distinguer entre les fils et les filles quant à la forme de l'exhérédation ; il en est de même quant à la sanction de l'omission. Mais sous ce dernier rapport, Justinien a établi une distinction nouvelle et peu justifiée suivant que les enfants sont ou non en puissance : dans le premier cas le testament est nul ; dans le second, le descendant omis, qui survit au testateur, a la *b. p. c. tabulas* (5).

§ 4. *Substitution quasi-pupillaire.* — Tout ascendant a le droit d'instituer un héritier pour son descendant en état de démence sous trois conditions : 1° que le fou n'ait pas déjà fait son testament ; 2° qu'il soit héritier légitime du testateur ; 3° que celui-ci lui donne la quarte légitime. En cela la substitution quasi-pupillaire diffère de la substitution pupillaire. Il y a deux autres différences : le droit de faire une substitution quasi-pupillaire n'est pas un attribut de la puissance paternelle ; le choix du substitué n'est pas libre si le fou a des enfants ou des frères et sœurs : l'enfant doit être institué de préférence à tout autre, à défaut ce sera un des frères ou sœurs (6).

§ 5. *Plainte d'inofficiosité.* — D'importantes modifications ont

(1) Nov *Val.*, 20, 2, 1 (Italie).

(2) Cette innovation remonte à Constantin : elle était alors limitée aux descendants *per masculos* (Nov., 107 pr.). Elle fut généralisée par Théodose II (C., VI, 23, 21, 3) et réglementée à nouveau par Justinien (Nov., 107, 1-2).

(3) Just., C., VI, 21, 17.

(4) Leo, C., VI, 24, 12; Just., C., I, 2, 26; Inst., II, 20, 27.

(5) C., VI, 28, 4. Cette distinction fut-elle bien pratique? Il est permis d'en douter. Les liens résultant de l'agnation étaient très faibles à cette époque et ne tardèrent pas à être brisés. Le silence de la Novelle 115 sur la *b. p. c. t.* donne lieu de penser qu'elle n'était plus usitée (Windscheid, III, 592; *contra :* Accarias, I, 1287).

(6) P. 595. C., VI, 26, 9.

été introduites en cette matière : 1° l'omission d'un descendant qu'on n'était pas tenu d'instituer ou d'exhéréder équivaut à l'exhérédation ; 2° les frères et sœurs consanguins ont droit à la *querela* alors même qu'ils viennent à la succession à titre de cognats (1) ; 3° dans le calcul de la quarte on ne compte pas seulement ce que le plaignant a reçu à cause de mort, on y joint ce qu'il a reçu à titre de dot, de donation *ante nuptias* ou pour acheter une charge ; 4° l'ayant droit qui a reçu une libéralité imputable sur la quarte ne peut attaquer le testament, il ne peut réclamer que le complément de la quarte (2) ; 5° la *querela* se transmet aux descendants lorsque l'ayant droit meurt pendant que l'institué délibère (3). — D'autres innovations résultent des Novelles : 1° le chiffre de la légitime est élevé au tiers ou à la moitié suivant le nombre des ayants droit (4) ; 2° les causes qui peuvent motiver l'exhérédation ou l'omission, sont fixées par la loi ; le testateur doit indiquer celle qui lui paraît applicable, et l'institué doit faire la preuve ; 3° en l'absence d'une de ces causes, le testateur est tenu d'instituer les ayants droit; il ne peut pas se contenter de leur laisser la légitime à titre singulier; mais il n'est pas nécessaire qu'ils reçoivent toute la légitime à titre d'héritier ; 4° l'effet de la *querela* est limité à la rescision de l'institution ; les autres dispositions conservent leur valeur (5).

II. Successions ab intestat. — Les réformes eurent pour but principal : 1° d'accroître les droits des cognats en tenant compte de la parenté par les femmes et de la parenté formée pendant l'esclavage ; 2° de déférer la succession d'après les affections naturelles du défunt ; 3° de supprimer les restrictions arbitraires résultant de lois qui n'étaient plus en harmonie avec les mœurs (6) ; 4° d'unifier le régime successoral en assimilant la *bonorum possessio* à l'hérédité quant à ses effets ; 5° d'attribuer à certaines corporations la succession des membres morts sans héritier (7). Ces réformes ont été complétées par les Novelles de Justinien qui ont réorganisé le régime des successions *ab* intestat.

§ 1er. *Droits des cognats.* — 1° *Mère.* — Les droits attribués à

(1) Inst., II, 13, 7; Constantin., C. Th., II, 19, 1, interpolé dans C., III, 28, 27.
(2) Zeno, C., III, 28, 29 ; Just., *eod.*, 30 pr., 1-2; 31. On sous-entend la clause *ut quarta boni viri arbitratu repleatur* (C. Th., II, 19, 4).
(3) Just., *eod.*, 34; 36, 2. Cf. p. 607, 11.
(4) Le droit du patron (p. 610, 4) est réduit à un tiers (Inst., III, 7, 3).
(5) Nov., 18, 1 ; 115, 3-4 ; 22, 47 pr.; 115, 4, 9.
(6) Lois caducaires sur le *jus liberorum* (C., VIII, 55, 2) ; restrictions inspirées par la loi Voconia (t. Ier, 86 ; 528).
(7) Ce sont : le collège des naviculaires (Constantin., C., VI, 62, 1) ; les légions, les *cohortales* (Constantin., *eod.*, 2-3) ; les curies, les *fabricenses* (Theod. II, *eod.*, 4-5); les églises et monastères (*ibid.*, C., I, 3, 20; Nov., 131, 13).

la mère par le Sc. Tertullien, ont été réglés à nouveau pour les concilier avec ceux des proches parents du défunt : depuis Constantin, si la mère est en concours avec des oncles paternels ou avec leurs enfants ou petits-enfants, elle n'a que deux tiers de la succession. En même temps on a, dans une certaine mesure, rendu son droit indépendant du *jus liberorum* : la mère qui ne jouit pas de ce privilège, obtient un tiers de la succession lorsqu'elle est en concours avec des agnats autres que des frères et sœurs. — Cette règle a été, en Orient, rectifiée sur un point par Valens, en 369 ; les frères émancipés, qui dans l'ordre des cognats sont préférés aux oncles paternels, leur seront également préférés s'ils concourent avec la mère ; ils auront droit à un tiers si la mère a le *jus liberorum*, à deux tiers dans le cas contraire. — Un demi-siècle plus tard, en 426, Valentinien III appliqua, en Occident, ce régime avec deux modifications : lorsque la mère est en concours avec des frères émancipés, des oncles paternels, ou à défaut avec leurs enfants ou petits-enfants, elle a droit aux deux tiers de la succession, qu'elle ait ou non le *jus liberorum* ; elle est toujours exclue par les descendants du défunt (1). — Justinien a modifié le droit de la mère en concours avec des frères ou sœurs : il lui donne une part virile. Puis il a rendu ce droit indépendant soit du *jus liberorum*, soit de la condition originaire de l'enfant : la mère d'un esclave affranchi peut lui succéder si elle-même est devenue libre (2). Cette double réforme est la conséquence de l'abrogation des lois caducaires et de la règle *cognatio servilis nulla est*, qui répugnaient à l'esprit du christianisme.

2° *Descendants*. — Le droit des descendants est indépendant de l'agnation. La réforme, commencée par le Préteur pour les enfants émancipés ou donnés en adoption, a été complétée par les dispositions prises en faveur des descendants par les femmes. Dès l'an 389, une loi adressée au préfet des Gaules avait conféré aux petits-fils le droit de succéder à leur grand-père maternel à la place de leur mère prédécédée ; mais en présence d'héritiers siens ils n'avaient que 2/3 de la part de leur mère ; en présence d'agnats, 3/4. Sous Justinien, les descendants, quels qu'ils soient, succèdent à l'exclusion des agnats (3).

3° *Collatéraux*. — Les frères et sœurs émancipés, les frères et

(1) C. Th., V, 1, 1; 2; 7; 3 et 8.

(2) C., VI, 56, 7 ; Nov., 22, 47, 2; C., VIII, 58, 2; Inst., III, 6, 10. La mère d'un affranchi était vraisemblablement exclue par le patron. On a soutenu le contraire en se fondant sur un texte peu explicite (C., VI, 4, 11).

(3) C. Th., V, 1, 4; C., VI, 55, 12.

sœurs utérins, succèdent au même rang que les agnats. A leur défaut, les enfants au 1[er] degré d'un frère émancipé ou utérin, d'une sœur consanguine ou utérine ont les droits des agnats (1).

§ 2. *Délation de la succession d'après les affections naturelles du défunt.* — Ce principe, qui devait recevoir une si large application dans les Novelles 118 et 127, s'est développé progressivement. Il a inspiré les décisions qui précèdent ; il apparaît dans les règles sur la succession de l'émancipé : le père émancipateur, au lieu de venir au premier rang comme un patron, n'est appelé qu'en troisième ligne, à défaut de descendants et de frères et sœurs (2). De même pour la succession du fils de famille, dont les biens étaient autrefois attribués au père comme un pécule.

§ 3. *Réforme des* bonorum possessiones. — La dualité du régime successoral a presque entièrement disparu dans la réalité (3), sinon dans la terminologie. S'il y a encore des *bonorum possessiones* (4), il n'y a plus deux sortes de succession civile ou prétorienne, produisant des effets distincts. La *bonorum possessio* est toujours *cum re* (5); elle confère la propriété quiritaire sans le secours de l'usucapion (6). A l'inverse, Justinien applique à l'hérédité légitime une règle de la *bonorum possessio :* la dévolution de degré à degré est admise dans l'ordre des agnats, comme elle l'était dans celui des cognats (7).

§ 4. *Régime des Novelles de Justinien.* — Les réformes partielles, introduites dans le régime des successions *ab* intestat, l'avaient rendu très compliqué ; c'était une collection de règles procédant de principes divers. Justinien résolut de le simplifier en écartant définitivement le système des Douze Tables fondé sur l'agnation et en réglant la délation des successions d'après les

(1) Just., C., VI, 58, 14; 15. Cf. Anastas., *eod.*, 15, 1; Inst., III, 5, 1.

(2) Just., C., VI, 56, 7; VI, 58, 13. Dès l'an 383, une loi relative à l'Italie (cf. Cuq, sur Borghesi, X, 551) avait décidé que les enfants d'une fille émancipée seraient préférés aux père et mère (C. Th., V, 1, 3; C., VI, 59, 4).

(3) La différence subsiste quant aux délais pour délibérer (p. 623, 1 ; 856, 3), quant à la transmissibilité du droit héréditaire lorsque le successible est un descendant qui meurt après l'année sans avoir pris parti (p. 855, 2).

(4) Il n'en reste que sept dans le droit antérieur aux Novelles : *contra* ou *secundum tabulas*, *unde liberi*, *legitimi*, *cognati*, *unde vir et uxor*, *uti ex legibus*.

(5) La *b. p. sine re* a disparu dans les compilations de Justinien ; on en a par mégarde conservé une application dans Ulpien (D., XXVIII, 3, 12 pr.).

(6) Inst., III, 9, 12, semble dire qu'en vertu de lois antérieures (C., VI, 9, 8-9), la *b. p.* s'acquiert comme l'hérédité par une simple manifestation de volonté. Mais les textes précités n'ont pas cette portée, et l'innovation attribuée à Justinien est elle-même douteuse à cause de l'obligation de se prononcer *intra statuta tempora :* la fin de non-recevoir, tirée de l'expiration des délais, ne paraît s'appliquer qu'à l'*agnitio* (contra : Accarias, I, 1279).

(7) Inst., III, 2, 7.

affections naturelles du défunt (1). Il distingue quatre classes d'héritiers ; dans chacune d'elles, si le successible ne veut ou ne peut recueillir la succession, il y a dévolution de degré à degré ; à défaut d'héritiers dans une classe, il y a dévolution à la classe subséquente.

1° Les *descendants* immédiats. S'il y en a plusieurs, le partage se fait par souches. La proximité du degré n'est pas ici une cause de préférence : le petit-fils (d'un fils prédécédé) concourt avec le fils survivant. Mais dans chaque souche le partage se fait par tête; les plus proches excluent les plus éloignés.

2° Les *ascendants* les plus proches. S'il y en a plusieurs au même degré, ils partagent par tête ; s'ils appartiennent à des lignes différentes, chaque ligne a droit à la moitié, et l'on partage par tête entre ceux qui en font partie. Par exception, les frères et sœurs germains concourent avec les ascendants; le partage a lieu par tête. Les enfants des frères ou sœurs germains prédécédés prennent la place de leur père ou mère (2).

3° Les *collatéraux privilégiés*. Les frères et sœurs germains et leurs enfants au premier degré excluent les collatéraux du même degré : frères ou sœurs consanguins ou utérins.

4° Les *collatéraux ordinaires*, tels que frères et sœurs consanguins ou utérins, petits-enfants de frères ou sœurs germains. Le plus proche exclut le plus éloigné ; entre collatéraux du même degré, le partage se fait par tête.

A défaut de parents, la succession est déférée au *conjoint survivant*, comme en droit prétorien (p. 613, 4). La préférence accordée aux parents même collatéraux est excessive : on la justifie en disant que le conjoint n'est pas un successible désigné par la nature (3). Justinien atténua la rigueur de cette règle en accordant au conjoint pauvre le quart de la succession déférée aux parents; mais on impute sur la quarte les legs que le conjoint peut avoir reçus. Par exception, lorsqu'il y a plus de trois enfants, la veuve n'a qu'une part virile en propriété si les enfants sont d'un autre lit, en usufruit si elle concourt avec ses propres enfants. En aucun cas, elle ne peut avoir plus de 100 livres d'or (4). — A défaut de veuve ou d'enfants légitimes, les enfants naturels et leur mère ont droit à 1/6 de la succession.

(1) Nov., 118, de l'an 543.
(2) Nov., 127, de l'an 547.
(3) Cf. Honor., C., VIII, 2, 3; Theod. II, C. Th., V, 1, 9.
(4) Nov., 53, 6 de l'an 537; 117, 5, de l'an 542. Le conjoint pauvre est celui qui n'a pas eu de dot ou de donation *ante nuptias*.

Cette quotité se partage par tête entre les ayants droit (1).

III. Acquisition des successions. — Quatre innovations d'inégale importance ont été réalisées (2) :

1° *Abolition de la* cretio. — La même loi qui dispensa les testateurs des formes antiques pour la confection des testaments, permit aux héritiers de faire adition par une déclaration au gouverneur de la province ou aux magistrats municipaux (3). La *cretio* fut supprimée en Orient en 407.

2° *Abrogation des lois caducaires.* — Les lois caducaires avaient de tout temps été vues avec défaveur par les Romains. Pour se rendre populaire et gagner des partisans aux dépens de son collègue Licinius, Constantin abolit en 320 les déchéances établies contre les personnes non mariées ou sans enfants (4). En 410, Théodose II supprima les restrictions à la capacité de recevoir entre époux résultant des lois décimaires (5). La distinction du *jus capiendi* et de la *testamenti factio* ne subsista que pour les Latins Juniens et disparut avec cette classe d'affranchis (6). De même la *caducorum vindicatio* resta applicable aux dispositions devenues caduques du vivant du testateur ou dans l'intervalle entre le décès du testateur et l'ouverture du testament. Elle fut à son tour supprimée par Justinien, et dès lors les règles sur l'accroissement entre cohéritiers furent remises en vigueur (7).

3° *Transmissibilité du droit héréditaire avant l'adition.* — C'est un principe nouveau qui s'introduit dans la législation et qui a

(1) Nov., 89, 12, 4 et 6. Justinien ne prévoit pas le cas où la concubine n'a pas d'enfants ; elle n'a, dans ce cas, aucun droit.

(2) Une succession peut s'acquérir par usucapion lorsque, de bonne foi, on a pris possession d'une hérédité à laquelle on se croyait appelé. C'est une usucapion *pro herede*, fondée sur un titre putatif et très différente de celle que Gaius qualifiait « malhonnête »; les compilateurs l'ont admise en y appliquant certaines règles de l'ancienne usucapion *p. h.* C'est ainsi qu'elle n'est pas opposable au véritable héritier (Diocl., C., III, 31, 7), qu'elle ne peut avoir lieu s'il y a un héritier sien (C., VII, 29, 2), qu'elle ne peut avoir pour objet que des choses héréditaires (Pomp., D. XLI, 5, 1). D'après Pomponius (*eod.*, 8), on qualifie aussi usucapion *p. h.* celle qui a lieu au profit de l'héritier lui-même, pour les choses qui n'appartenaient pas au défunt et qu'il croit héréditaires.

(3) P. 848, 4. C., VI, 9, 9. Cf. Diocl., VI, 23, 15; Arcad., VI, 30, 17.

(4) C. Th., VIII, 16, 1. L'édit *ad populum* est du 1er février. La veille, Constantin avait pris en faveur des débiteurs du fisc une mesure inspirée par le même sentiment : il défend de les mettre à la torture, et s'il y a lieu de procéder contre eux à l'exécution sur la personne, il prescrit de les mettre simplement aux arrêts dans un lieu ouvert et commode (C. Th., XI, 7, 3).

(5) P. 628. C. Th., VIII, 17, 2.

(6) P. 790, 1. Elle ne subsiste que dans le cas prévu p. 804, 2 : si une personne, qui a des enfants d'un premier lit, institue son second conjoint pour le tout, celui-ci aura le *jus capiendi* pour le tout si les enfants prédécèdent, pour partie s'il en survit un ou plusieurs.

(7) C., VI, 51, 1. Cela est vrai des dispositions *pro non scriptis;* pour les caduques ou quasi caduques, l'accroissement a lieu *cum onere.*

fini par prévaloir en droit moderne. A Rome, ce n'est rien de plus qu'une atténuation de la règle qui subsiste : *Hereditas non adita non transmittitur* (p. 620, 5). Elle a été admise : *a*) en Occident, en 426, au profit du père d'un *infans* appelé à une succession quelconque et mort avant l'âge de sept ans : le père est autorisé à faire adition même après le décès du fils ; *b*) en Orient, en 450, lorsqu'un descendant jusqu'au troisième degré, appelé à la succession testamentaire d'un ascendant, est mort avant l'ouverture du testament : il transmet son droit à ses enfants à quelque degré qu'ils soient. Même règle pour les legs ou fidéicommis; *c*) sous Justinien, lorsqu'un héritier légitime ou testamentaire meurt dans l'année où il a connu sa vocation ; mais ses successeurs devront prendre parti dans le délai peut-être très bref qui restait à leur auteur (1).

4° *Bénéfice d'inventaire.* — Ce bénéfice, établi par Justinien, a pour but de limiter la responsabilité de l'héritier quant au payement des dettes héréditaires : l'héritier n'est tenu que dans la mesure de l'actif de la succession. C'est une très heureuse innovation et un progrès notable réalisé par le droit : l'héritier n'a plus à craindre la découverte de dettes ignorées au jour de l'adition. De leur côté, les créanciers n'ont pas à se plaindre, car leur garantie n'est pas diminuée ; la seule chose qu'ils puissent demander, c'est qu'on prenne les mesures nécessaires pour prévenir un détournement ou une dissimulation : l'héritier est tenu de dresser un inventaire de tous les biens du défunt.

Le droit d'invoquer le bénéfice est subordonné à trois conditions : *a*) L'inventaire doit être commencé dans les trente jours à dater du moment où l'héritier a connu sa vocation, et terminé dans les soixante jours subséquents. Le délai total est porté à un an lorsque la résidence de l'héritier est éloignée du lieu où se trouve la majeure partie de l'hérédité. — *b*) L'inventaire doit être fait en présence d'un *tabularius* et de témoins (2). Pour prévenir les réclamations des légataires, on les invite à y assister ; s'ils ne peuvent ou ne veulent s'y rendre, on convoquera trois témoins. — *c*) L'inventaire doit être signé par l'héritier qui jurera avoir agi sans fraude. Les créanciers et léga-

(1) Valent. III, C., VI, 30, 18, 1 : *Jure patrio quasi jam infanti quæsita capere;* Theod. II, C., VI, 52, 1 : *Hereditatem sibi tanquam debitam vindicare.* Motif : *Perindignum est fortuitas ob causas vel casus humanos nepotes... successione fraudari* (Just., C., VI, 30, 19).

(2) C., VI, 30, 22; Nov., 1, 2, 1. Les *tabularii* sont des fonctionnaires municipaux subalternes chargés de tenir les comptes et de garder les archives d'une cité. Ce sont des *personæ publicæ* (Inst., I, 11, 3). Il ne faut donc pas les confondre avec les *tabelliones* (p. 879). Cf. Bethmann-Hollweg, III, 173; Karlowa, I, 1002.

taires sont admis à prouver par tous les moyens l'inexactitude de l'inventaire : l'héritier parjure encourt la peine du double.

Durant l'inventaire, aucune action ne peut être intentée contre l'héritier. Lorsqu'il est terminé, la situation de l'héritier est modifiée ainsi qu'il suit : *a*) L'héritier paye les créanciers et les légataires dans l'ordre où ils se présentent (1) ; il est libéré lorsque l'actif est épuisé. *b*) Il se paye à lui-même ce qui lui est dû personnellement ainsi que les frais d'inventaire, d'obsèques, etc. Réciproquement, il doit verser à la masse les sommes dont il est débiteur. A cet égard, il y a une sorte de séparation des patrimoines, mais elle n'est pas complète, car *c*) l'héritier a le droit de vendre les biens héréditaires pour payer les créanciers et les légataires. Cette vente entraîne l'extinction des hypothèques sur les biens de la succession ; les créanciers hypothécaires qui se présentent tardivement n'ont de recours ni contre l'héritier, ni contre les tiers acquéreurs, mais seulement contre les créanciers postérieurs ou contre les légataires qui ont indûment profité du prix de vente (2).

La création du bénéfice d'inventaire aurait dû entraîner la suppression du *jus deliberandi*. Par respect pour les institutions antiques, Justinien l'a conservé, mais en forçant l'héritier à opter entre ce droit et le bénéfice d'inventaire. Celui qui demande un délai pour délibérer est déchu du bénéfice d'inventaire ; il est tenu des dettes *in infinitum* par cela seul qu'il n'a pas répudié dans le délai de neuf mois (3). Il n'est d'ailleurs pas dispensé de faire un inventaire qui a pour lui une double utilité : en cas de répudiation, pour établir la consistance des biens qu'il doit remettre aux créanciers; en cas d'acceptation, pour opposer, s'il y a lieu, la quarte Falcidie aux légataires.

IV. Rapport. — L'obligation au rapport de la dot profectice, imposée à la fille venant à la succession d'un ascendant paternel, a reçu une large extension. Depuis 472, elle incombe à tout des-

(1) Le résultat est mauvais : on aurait dû prendre des mesures pour assurer l'égalité entre les créanciers, et la préférence des créanciers sur les légataires.

(2) C., VI, 30, 22, § 5-8. L'héritier est-il tenu personnellement jusqu'à concurrence de l'actif, ou est-il libéré lorsqu'il ne lui reste plus de biens de la succession? La question présente de l'intérêt lorsque ces biens ont péri par cas fortuit : elle est discutée. La loi dit, § 4 : *Ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant... et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant.* Mais au *pr.*, Justinien déclare qu'il veut étendre à tous les héritiers les avantages accordés par Gordien aux militaires qui ont fait adition par erreur; or, *ipsorum bona a creditoribus hereditariis non inquietantur.* La question revient à savoir si l'on doit s'attacher au motif ou au dispositif de la loi. En ce dernier sens, Dernburg, III, 171, 12; contra : Accarias, I, 945, 2.

(3) C., VI, 30, 22, 13-14. L'héritier est ici réputé acceptant. Le délai, substitué à celui de cent jours (p. 619, 8), peut être porté à un an par l'empereur.

cendant succédant à un ascendant paternel ou maternel soit *ab intestat*, soit par la *b. p. c. t.* ou grâce à la plainte d'inofficiosité; elle s'applique à la donation *ante nuptias* comme à la dot. Cette innovation eut pour but de maintenir l'égalité entre les enfants : la dot ou la donation *ante nuptias* est un avancement d'hoirie et non un préciput. — La même raison fit étendre aux émancipés l'obligation de rapporter tout ce qu'ils ont reçu de leurs parents lors de l'émancipation ou dans la suite (1). Le caractère de la *collatio emancipati* fut dès lors modifié et se rapprocha de celui de la *collatio dotis*. La raison qui avait fait établir la *collatio* de l'émancipé, avait perdu sa valeur depuis que les enfants restés en puissance étaient devenus capables d'acquérir : l'inégalité, qu'on avait voulu faire cesser, n'existait pour ainsi dire plus (2). On appliqua dès lors à la *collatio emancipati* le principe de la *collatio dotis*, jusqu'au moment où la *collatio* de l'émancipé disparut avec la *b. p. unde liberi* et la *b. p. contra tabulas* (3). — Sous Justinien, le rapport est dû pour les biens qui s'imputent sur la légitime : la dot, la donation *ante nuptias* et la donation pour acheter une charge. Elle est exclue pour les biens adventices, comme elle l'était déjà pour le pécule *castrense* ou *quasi castrense* (4). Mais par une singulière innovation, l'obligation au rapport fut étendue aux successions testamentaires, à moins d'une clause contraire du testament (5). C'était oublier que la *collatio* repose sur la volonté présumée du défunt et que le père, en disposant par testament au profit de son fils, a voulu l'avantager.

V. Sanction du droit héréditaire. — L'unité de législation n'a pas été réalisée dans la procédure ; la diversité des moyens de sanction, d'origine civile ou prétorienne, a subsisté : à côté de la

(1) Leo, C., VI, 20, 17. L'extension n'a pas été faite pour les ascendants ni pour les collatéraux : elle est strictement limitée aux descendants. Le Code civil (a. 843) impose le rapport à tout héritier. Cette extension a été justement critiquée : le rapport est fondé sur l'intention présumée du défunt; or, à mesure que le lien de parenté est moins étroit, la présomption risque d'être en défaut.

(2) Sauf pour les donations qui ne pouvaient valablement être faites par le père à son fils en puissance. Quelques auteurs font une seconde exception pour les revenus des biens de l'émancipé, revenus dont le père aurait eu l'usufruit si l'enfant était resté en puissance. Mais cette exception, qu'on appuie sur un texte du IXe siècle (*Basiliques*, t. IV, 181), est fort douteuse : le fils en puissance peut, en effet, profiter des fruits des biens adventices avec l'autorisation de son père (C., VI, 61, 6, 2). Cf. Vangerow, II, 385.

(3) La première *b. p.* n'a pas survécu à Novelles, 118 ; pour la seconde, p. 849, 5.

(4) C., VI, 20, 20; 21. Toute autre donation (*simplex donatio*) n'est pas rapportable (*ibid.*, 20, 3). Le Code civil a soumis au rapport toutes les libéralités entre vifs et même les legs ; mais la loi du 24 mars 1898 traite les legs comme des libéralités préciputaires, sauf clause contraire.

(5) Nov., 18, 6, de l'an 536.

pétition d'hérédité, la *P. H. fideicommissaria* (p. 640), à côté de l'interdit *quorum bonorum*, l'envoi en possession accordé à l'héritier qui produit un testament d'apparence valable (p. 616, 6). Cet envoi en possession a été maintenu par Justinien, bien qu'il eût perdu sa raison d'être primitive par la suppression de l'impôt du vingtième; mais il peut être demandé pendant trente ans (1). L'interdit *quorum bonorum* a été également modifié dans son application : depuis la fin du IVe siècle, il se donne contre tout possesseur, même à titre particulier (2). C'était là un avantage fort précieux et il n'était pas le seul : la voie de l'interdit était préférée à cause de la facilité de la preuve, de la rapidité de la procédure dont l'effet ne peut être suspendu depuis que la décision n'est plus susceptible d'appel (3).

CHAPITRE IV

Legs, fidéicommis, donations à cause de mort.

Le droit classique avait conservé les formes multiples de disposer à cause de mort, à titre particulier, que des raisons historiques avaient fait introduire : le legs avec ses quatre variétés, le fidéicommis, la donation à cause de mort. Chacun de ces modes avait des règles et une sanction propres. Une législation aussi compliquée avait besoin d'être simplifiée ; il fallait, dans la mesure du possible, ramener à l'unité les modes divers de disposer à cause de mort : ce fut l'œuvre du Bas-Empire.

I. Simplification des formes. — § 1er. *Legs et fidéicommis.* — Comme pour l'institution d'héritier et l'adition d'hérédité, les formules solennelles requises par le droit antérieur ne sont plus nécessaires depuis 339 (4) : sous ce rapport le legs se rapproche du fidéicommis. Mais le legs devait être fait par testament ou par codicille confirmé; il devait être écrit après l'institution d'héritier ; son efficacité dépendait de celle du testament. Le fidéicommis au contraire, pouvait être fait par un codicille *ab* intestat ou verbalement. Pour en faciliter la preuve, Constantin exigea que les codicilles *ab* intestat fussent faits devant cinq ou sept témoins ; Théodose II étendit cette règle à tous les codicilles et

(1) C., VI, 33, 3.
(2) Honor., C. Th., IV, 21, 1 (Espagne).
(3) Valent. I, C. Th., XI, 36, 22 (Rome).
(4) Constantius, C., VI, 37, 21. Cf. p. 657, 2.

décida que le fidéicommis non écrit serait fait devant le même nombre de témoins (1).

Justinien acheva la réforme commencée par ses prédécesseurs. 1° La suppression des formules alors qu'on maintenait les quatre espèces de legs, compliquait la tâche du juge : pour déterminer les effets d'un legs, il en était réduit à rechercher l'intention du testateur. Justinien simplifia sa tâche en décidant qu'il n'y aurait qu'une seule espèce de legs. 2° Cette première réforme en entraîna une seconde : depuis que les legs n'avaient plus de formes propres on était souvent en peine de les distinguer des fidéicommis. Justinien supprima la difficulté en fusionnant les deux institutions (2) : les legs, qui à bien des égards étaient régis par le droit strict, emprunteront aux fidéicommis leur nature plus souple (*pinguior natura*) ; on pourra les faire par un codicille non confirmé ; à leur tour ils communiqueront aux fidéicommis ce qu'ils ont de plus avantageux (3). 3° Pour faciliter l'exercice du droit de léguer, Justinien réduit à 5 les témoins requis pour un codicille ou un fidéicommis non écrit, mais il exige leur *subnotatio ;* s'il y en a moins de 5, ou même si l'on a disposé sans témoins, le fidéicommissaire pourra déférer le serment au fiduciaire, après avoir juré qu'il n'agit pas par chicane : l'héritier qui refuse de jurer est forcé d'exécuter le fidéicommis (4).

Le principe de la simplification des formes a été appliqué à la révocation des legs : on n'exige ni formule solennelle, ni testament ; il suffit d'un codicille non confirmé (5).

§ 2. *Donations à cause de mort.* — Justinien eut la pensée d'assimiler aux legs ces donations (6) ; mais il était impossible de la réaliser complètement, car la donation est susceptible de produire des effets du vivant du disposant. Quatre différences principales existent entre la donation *m. c.* et le legs : 1° la donation doit être faite en présence de 5 témoins (7) ; 2° ce n'est pas un mode d'acquérir un droit réel ou de créance : elle exige

(1) C. Th., IV, 4, 1 ; 7, 2. Au IVe siècle, on exigeait 5 témoins pour le testament civil, 7 pour le testament prétorien (Isidor., *Or.*, V, 24). Depuis 439, on exigea uniformément 7 témoins.

(2) C., VI, 43, 1, de l'an 529 ; *ibid.*, 2, de l'an 531. La distinction subsiste pour l'affranchissement en raison de l'intention présumée du défunt ; en chargeant l'héritier d'affranchir son esclave, il est réputé vouloir lui attribuer les droits de patronat.

(3) Inst., II, 20, 3. Avantages du legs : transfert direct de la propriété, accroissement entre colégataires, etc. La fusion des legs et des fidéicommis est indiquée dans un texte classique interpolé (Ulp., D., XXX, 1). Cf. p. 503, 7.

(4) C., VI, 36, 8, 3 (interpolé) ; VI, 43, 32.

(5) Inst., II, 21 pr.

(6) Inst., II, 7, 1 : *Ut per omnia fere legatis connumeretur.*

(7) C., VIII, 56, 4. On n'exige pas la *subnotatio* comme pour les codicilles.

pour sa perfection une tradition ou une stipulation (1) ; 3° le donateur peut renoncer au droit de révocation ; 4° il peut transférer de suite la propriété sous condition résolutoire ; si dans ce cas la donation devient caduque, la propriété revient de plein droit au donateur (p. 695, 6).

§ 3. *Fidéicommis d'hérédité.* — La fusion des fidéicommis et des legs a eu pour résultat la disparition du legs partiaire qui s'est confondu avec le fidéicommis d'hérédité ; elle n'a pas supprimé la distinction du fidéicommis et de l'institution d'héritier (2). L'observation est d'autant plus importante que sous Justinien le fidéicommissaire est toujours traité comme un héritier. Pour prévenir les complications résultant de la combinaison des Sc. Trébellien et Pégasien, Justinien a abrogé le Pégasien qui donnait, en certains cas, au fidéicommissaire la situation d'un légataire. Mais il a conservé la règle qui permet de forcer le fiduciaire à faire adition et celle qui l'autorise à retenir la quarte s'il fait une adition volontaire. Le fidéicommis d'hérédité forme donc une véritable succession héréditaire

II. Simplification des règles de fond. — Justinien a écarté plusieurs règles arbitraires appliquées aux legs : 1° celles qui résultaient des lois caducaires : *a*) le *dies cedens* des legs purs et simples est reporté à la mort du disposant ; *b*) l'accroissement a lieu, comme autrefois, entre les colégataires conjoints *re et verbis* ou *re tantum ;* mais il est forcé et s'opère *cum onere* dans le premier cas, facultatif et *sine onere* dans le second (3). Il n'y a plus accroissement entre colégataires conjoints *verbis tantum ;* 2° la

(1) Le simple pacte n'est efficace que pour les donations entre vifs (Glasson, 65).

(2) Inst., II, 23, 5-7. 1° L'effet d'une institution ne peut être limité dans le temps par une condition ou un terme extinctifs ; le fidéicommis permet de faire passer la qualité d'héritier d'une tête sur une autre, alors même que le gratifié ne serait pas né au décès du disposant. Il semble, en effet, qu'on n'observe plus la règle qui défend de faire un fidéicommis au profit d'une personne incertaine, car on admet la validité des fidéicommis de famille (p. 674, 5) : le testateur impose à ses enfants, en les instituant, la charge de conserver les biens et de les rendre, après leur mort, à leurs propres enfants nés ou à naître ; ces biens se trouvaient ainsi immobilisés. Pour couper court à cet abus, on décida que la charge de restituer ne serait plus obligatoire à partir de la quatrième génération (Nov., 159, 2). 2° L'héritier institué peut être appelé à la totalité des biens du défunt, lorsque les légitimaires ont été exclus pour une des causes prévues par la loi, ou qu'ils ont reçu leur quarte à titre de dot ou de donation *ante nuptias ;* le fidéicommissaire n'aura pas plus de trois quarts si le fiduciaire fait adition volontaire. 3° Le droit héréditaire n'est transmissible avant l'adition que dans une mesure restreinte ; le droit au fidéicommis s'ouvre à la mort du disposant ; il est dès lors transmissible. 4° Le fidéicommis peut être fait par codicille ou verbalement; l'institution ne peut se faire que par testament. 5° Aucune forme n'est requise pour la révocation d'un fidéicommis. Cf. Labbé, sur Ortolan, II, 760.

(3) C., VI, 51, 1, 1 et 11. Cf. Machelard, 293. *Contra :* Accarias, I, 1082.

règle qui annule le legs *pœnæ nomine*. Ce legs est valable pourvu qu'il n'impose pas au grevé un acte impossible, contraire à la loi ou aux bonnes mœurs (p. 651). Il n'y avait pas de raison pour traiter le legs *pœnæ nomine* plus rigoureusement que le legs conditionnel, puisque dans les deux cas le droit est acquis sous une modalité analogue : si tel événement ne se réalise pas, si l'héritier n'accomplit pas l'acte prescrit ; 3° la règle qui exclut la condition ou le terme extinctif, le legs *post mortem heredis* ou *legatarii* (1) ; 4° la règle relative au legs fait par un testateur à son conjoint sous la condition de ne pas se remarier (p. 83, 7). Cette condition est licite et doit être observée : le legs peut être exigé au bout d'un an ; mais le légataire doit jurer de restituer capital et intérêts s'il se remarie et garantir sa promesse par une hypothèque générale ou par des cautions.

D'autres règles ont été modifiées : 1° dans le legs d'option, s'il y a désaccord entre les légataires, on tirera au sort celui qui devra choisir ; si le choix a été confié à un tiers qui ne peut ou ne veut le faire, le légataire choisira lui-même. L'option n'est plus essentiellement personnelle. D'autre part, le choix n'est plus entièrement libre : il doit porter sur un objet de valeur moyenne (2) ; 2° la restriction à la liberté de léguer résultant de la loi Falcidie est atténuée : le droit à la quarte peut être écarté par une clause expresse du testament, ou même tacitement lorsque le legs a pour objet un immeuble que le testateur défend d'aliéner (3). L'héritier n'ayant plus intérêt à faire adition, le disposant court le risque de mourir intestat; mais, d'une part, on n'attache plus la même importance au maintien du testament depuis que l'hérédité légitime est déférée suivant les affections naturelles du défunt ; d'autre part, la loi fait appel à la conscience de l'héritier qui se fera un devoir de remplir les intentions du testateur.

III. Sanction. — Les legs et fidéicommis ont, depuis Justinien, une sanction commune très énergique : tout légataire peut, suivant son intérêt, choisir entre trois actions, une action réelle, une action personnelle, une action hypothécaire. C'est pour arriver à ce résultat que Justinien a ramené à l'unité les quatre espèces de legs. Il a voulu renforcer la situation des légataires qui n'avaient qu'un droit de créance : en cas d'insolvabilité de

(1) C., VI, 37, 26 ; VIII, 38, 11. Cf. Gaius, II, 184.
(2) P. 666. C., VI, 43, 3.
(3) Nov., 1, 2, 2 *in fine;* 119, 1. Interprétation différente par les auteurs qui pensent que la loi vise le cas de répudiation. Cf. Labbé, sur Ortolan, II, 761.

l'héritier et à défaut de cautions ou d'une hypothèque testamentaire, ils n'avaient que la ressource de la séparation des patrimoines; et encore cette procédure longue et compliquée ne les protégeait pas contre les aliénations consenties par l'héritier avant la demande et pouvait être écartée par des fins de non-recevoir (1). L'*action réelle* va plus droit au but, tout en étant plus efficace. Elle permet aussi de réclamer les fruits à partir du *dies cedens*, à moins que l'héritier n'ait ignoré le legs, tandis que par l'action personnelle le légataire ne pourrait exiger les fruits que depuis la *litis contestatio* ou la mise en demeure. Ce n'est pas à dire que le légataire préférera toujours l'action réelle. D'abord il y a des cas où elle n'est pas possible : ce sont ceux où le légataire ne peut être considéré comme propriétaire, par exemple si le legs a pour objet un fait, une créance, la chose d'autrui, des quantités, la libération d'une dette. Puis l'*action personnelle* est parfois plus avantageuse : la responsabilité du défendeur y est plus étendue. Le grevé est tenu de l'inexécution résultant de son dol ou de sa faute lourde ; il répond même de la faute légère, lorsqu'il retire un profit de la succession. A son tour il a le droit de se faire tenir compte de ses impenses nécessaires. Enfin l'action personnelle est seule possible lorsque le grevé s'est mis, par son fait, hors d'état d'exécuter, par exemple s'il a disposé de la chose de manière à la mettre hors du commerce.

En accordant au légataire l'option entre l'action réelle et l'action personnelle, Justinien n'a fait que généraliser un droit qui, depuis le Sc. Néronien, appartenait au légataire *p. v.* En lui concédant une *action hypothécaire*, il a sous-entendu la clause d'hypothèque qu'on avait l'habitude d'insérer dans les testaments; il lui confère une hypothèque tacite sur tous les biens de la succession. Cette hypothèque prend rang du jour de l'adition; elle est donc opposable aux tiers qui ont acquis un droit réel depuis cette époque. — Lorsqu'il y a plusieurs héritiers, l'action hypothécaire se divise comme l'action personnelle ; elle ne peut être exercée contre chacun pour une part supérieure à celle dont il est tenu en vertu de l'action personnelle (2).

(1) P. 665, 1. C., VI, 43, 1 : *Inextricabiles circuitus, scrupulosæ ambages.*

(2) Cette règle n'est pas contraire au principe de l'indivisibilité de l'hypothèque : l'hypothèque légale du légataire garantit, non pas une dette du défunt, mais une dette des héritiers. Cette dette a été, dès l'origine, divisée entre eux ; il y a autant de dettes que d'héritiers et, par suite, autant d'hypothèques distinctes. — La règle sera-t-elle modifiée après le partage des biens héréditaires? On l'a soutenu en faisant remarquer que le partage à Rome a le caractère d'un échange : chaque cohéritier est considéré comme l'ayant cause de ses cohéritiers pour la part des objets compris

Ces voies de recours multiples auraient dû être suffisantes si, au VIe siècle, la société avait été dans un état normal. Mais une mesure prise par Justinien prouve qu'il se défiait autant de la bonne volonté de l'héritier pour acquitter les legs que du zèle des magistrats pour l'y contraindre. Fatigué de recevoir sans cesse des requêtes de légataires qui se plaignaient de ne pouvoir obtenir l'exécution de leurs legs, il décide que désormais toute personne qui n'acquittera pas les legs, fidéicommis, donations à cause de mort, mis à sa charge, recevra du magistrat un avertissement ; puis à défaut d'exécution dans le délai d'un an, elle sera déchue de tous les avantages que lui conférait le testament et en outre, si elle est héritière, du droit à la quarte Falcidie (1). Dans ce dernier cas, la loi appelle à la succession en son lieu et place des personnes gratifiées par le même testament (2), ou à défaut les héritiers *ab* intestat, puis le fisc ; mais à condition de promettre d'exécuter les volontés du défunt (3). Voilà bien des dérogations au droit commun : l'attribution de la qualité d'héritier à des gratifiés à titre particulier ou à des esclaves affranchis méconnaît la volonté du testateur ; il en est de même de la déchéance prononcée contre l'héritier. Ce sont des mesures graves qu'une nécessité impérieuse peut seule justifier. Aucune loi peut-être ne montre d'une façon plus éclatante le désordre social et administratif qui régnait à cette époque.

dans son lot qui excède son droit héréditaire. Mais cette opinion est contraire au texte et à l'esprit de la loi. Si Justinien dit que, *in omnibus casibus*, on ne pourra, par l'action hypothecaire, réclamer plus que par l'action personnelle, c'est que l'hypothèque est née divisée ; la loi a entendu affecter à la garantie du légataire la portion de biens qui tombera dans le lot de chacun des héritiers. Cette interprétation, présentée au XVIe siècle par Doneau, était rejetée par la majorité des anciens auteurs qui s'en tenaient au principe de l'indivisibilité absolue de l'hypothèque. C. civ., 1017, a consacré leur manière de voir, mais on s'accorde à critiquer cet article qui est contraire au principe que l'hypothèque ne peut avoir plus d'étendue que la créance qu'elle garantit (BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, *Donations*, II, 257 ; PLANIOL, *Traité*, III, n° 2796).

(1) Nov., 1 pr.; c. 1. Quelques auteurs pensent que la règle s'applique seulement au cas où l'héritier ne fait pas adition, mais la loi est générale : elle vise ceux qui *appetunt bona et accipiunt, nec jussa exsequuntur ;* la loi prétend atteindre celui qui *iis quæ relicta sunt privatur*. Cf. VANGEROW, II, 200.

(2) Dans l'ordre suivant : 1° substitués vulgaires; 2° cohéritiers; 3° fidéicommissaires universels ; 4° légataires ; 5° esclaves affranchis (C., 11).

(3) Si le grevé est un légitimaire, il conserve son droit à la quarte, mais il perd le droit d'exiger ce qui lui a été laissé en sus; l'excédent profite à ses cohéritiers qui ont fait adition; sinon aux mêmes personnes que dans le cas précédent et sous la même condition.

LIVRE IV

ORGANISATION JUDICIAIRE ET PROCÉDURE.

CHAPITRE PREMIER

Organisation judiciaire.

L'organisation judiciaire a subi deux modifications essentielles : 1° la distinction du *jus* et du *judicium* est supprimée (1) ; les magistrats jugent eux-mêmes les procès ; 2° ces magistrats sont des fonctionnaires de l'ordre administratif ; il n'y a plus de magistrats spécialement chargés de la justice, comme l'étaient, à Rome, les préteurs urbain et pérégrin. Cette double réforme s'est opérée progressivement par l'extension de la procédure *extra ordinem*. Cette procédure, qui apparaît sous le Haut-Empire et qui s'est substituée à la procédure ordinaire dans la seconde moitié du IIIe siècle, a été réglementée mais non introduite par Dioclétien. Avant de devenir la procédure normale, la procédure extraordinaire a été appliquée exceptionnellement à côté de la procédure ordinaire ; elle a conservé son nom, même à l'époque où la procédure ordinaire n'était plus qu'un souvenir.

I. Attribution aux magistrats du jugement des procès. — Sous le Haut-Empire, les magistrats sont chargés de juger les procès dans les cas non prévus par le droit civil ou prétorien. Pour faire valoir les droits consacrés par les empereurs (fidéicommis, obligation alimentaire, honoraires, plaintes des esclaves contre leurs maîtres, des enfants contre leurs parents, demandes d'affranchissement ou d'émancipation), on procédait *extra ordinem* (2). On étendit ensuite cette procédure à des contestations de nature à troubler la paix publique. En sa qualité de préfet de police, le préfet de la ville fut autorisé à juger les procès civils connexes aux délits qu'il avait mission de réprimer : usurpations vio-

(1) Le mot *judicium* a, dans les compilations de Justinien, un sens plus large qu'autrefois : il désigne l'ensemble de la procédure aussi bien que le lieu où elle s'accomplit. De là certaines interpolations : *in judicio sisti*, *in judicium vocare*, au lieu de *in jure sisti*, *in jus vocare*.

(2) Ed. Cuq, *Etudes d'épigraphie juridique*, p. 79.

lentes ou clandestines ; réclamations des banquiers, changeurs, bouchers, charcutiers, contre leurs clients, et réciproquement ; procès relatifs à la liberté ou à l'ingénuité (1). De même le préfet de l'annone, qui a la surveillance des entreprises contribuant à l'approvisionnement de la capitale (batellerie, boulangerie), connaît des procès des armateurs contre ceux qui ont traité avec l'*exercitor*, des vendeurs de céréales contre les acheteurs (2). Le préfet des vigiles, chargé du service des incendies et de la police de la voie publique, juge les différends entre propriétaires et locataires (3).

Cette double application de la procédure *extra ordinem* est en somme assez restreinte : elle ne suffirait pas pour faire comprendre la substitution en toute matière de cette procédure à la procédure ordinaire. Il faut tenir compte de deux autres faits : le développement des *cognitiones Cæsarianæ*, l'intérêt des plaideurs à préférer la justice rendue par les fonctionnaires impériaux. L'empereur tenait de la *lex regia* le pouvoir de connaître *extra ordinem* des affaires civiles et criminelles, mais aux deux premiers siècles il en usa avec modération. Il intervenait parfois sous la pression de l'opinion publique pour alléger la tâche des tribunaux surchargés, plus souvent sur la demande des parties intéressées. Dans les deux cas, il était rare qu'il jugeât lui-même l'affaire; il déléguait son pouvoir au gouverneur de la province ou à un commissaire spécial (4). Au IIIe siècle, les *cognitiones Cæsarianæ* se multiplient (5) ; c'est l'un des moyens employés pour ruiner les institutions républicaines au profit de la monarchie. En même temps la procédure *extra ordinem* se généralise surtout dans les provinces (6) : encouragés par les empereurs qui cherchent à se rendre maîtres de l'administration de la justice, les gouverneurs prennent l'habitude de juger les affaires par eux-mêmes ou par des délégués choisis en dehors de l'album (7). Les plaideurs acceptent cette innovation qui leur assure divers avantages : une justice plus éclairée sinon plus

(1) Ulp., D., I, 12, 1, § 6, 9, 17. P. 141, 7; 147, 9. Cf. Vigneaux, *Hist. de la præfectura urbis*, p. 288.

(2) P. 342, 2. Paul, 1 Decret. D., XIV, 5, 8.

(3) Paul, *De off. pr. vigil.*, D., XIX, 2, 56; XX, 2, 9.

(4) P. 29. Suet., *Vesp.*, 10; Paul, D., XXVIII, 5, 93; *C. I. L.*, V, 5050.

(5) Voir les *Libri Decretorum* de Paul. Cf. Cuq, *Conseil des Empereurs*, 443.

(6) On en trouve un exemple au Ier siècle (*C. I. L.*, III, 9938) : *V judices dati a M. Pompeio Silvano leg. Aug. pro pr.* (de l'an 69-70).

(7) Les détails manquent sur cette substitution progressive de la procédure extraordinaire à la procédure de l'*ordo judiciorum*. D'après Pernice (*Festgabe für Beseler*, 1885, p. 51-78), suivi par M. Girard (*Manuel*, 1058), la procédure extraordinaire ou administrative était la règle dans les provinces impériales ; elle fut introduite succes-

impartiale que celle des juges locaux; la faculté d'agir en dehors des sessions; de faire réformer en appel une sentence injuste; un jugement exécutoire par la force publique.

Deux faits prouvent l'extension de la procédure *extra ordinem* au IIIe siècle : l'institution dans la première moitié de ce siècle, de juges d'appel chargés de statuer (*vice sacra*) au lieu et place de l'empereur (préfet de la ville à Rome, commissaires extraordinaires envoyés dans les provinces en cas de nécessité (1); la disparition des *judices selecti* dans la seconde moitié du même siècle (2). La coïncidence de ces deux faits ne saurait être fortuite; elle s'explique aisément si l'on remarque que la sentence du *judex privatus* ne pouvait être frappée d'appel. — La substitution de la procédure extraordinaire à la procédure ordinaire était un fait accompli au temps de Dioclétien. Les abus commençaient à se produire : les gouverneurs de provinces confiaient à des subalternes, *judices pedanei* (3), le jugement des procès. Dioclétien leur enjoint de statuer en personne; il ne leur permet de déléguer leurs pouvoirs que s'ils ne peuvent suffire à la tâche, en raison des affaires publiques ou de la multitude des procès. Cette faculté leur est refusée pour les procès antérieurement soumis à la procédure extraordinaire.

II. Réunion des fonctions judiciaires et administratives. — Le trait caractéristique de l'organisation judiciaire au Bas-Empire, c'est la réunion des fonctions judiciaires et administratives. Le préteur pérégrin ne paraît pas avoir survécu à l'édit de Caracalla (4). Le préteur urbain n'a plus d'autre mission que d'offrir, à ses frais, des jeux au peuple (5); ses attributions judi-

sivement dans les provinces sénatoriales et, en dernier lieu, devant le préteur urbain. C'est une conjecture qui n'a pas été jusqu'ici confirmée par les textes. On ne peut citer que les papyrus relatifs à l'Egypte, mais cette région était dans une situation à part (p. 65). Voir notre compte rendu de l'article de Pernice, *Rev. crit. d'hist.*, 1886, XXI, 206.

(1) Carac., ap. Ulp., D., IV, 4, 18, 3; Philip., C., II, 27, 3; *C. I. L.*, VI, 1532; X, 5398; XIV, 3902. Cf. Cuq, *Epigraphie juridique*, p. 98; Vigneaux, *op. cit.*, 293.

(2) Le document le plus récent cite un préfet du prétoire, consul en 261, qui fut, au début de sa carrière, *ex V decuriis* (*C. I. L.*, X, 1706).

(3) Diocl., C., III, 3, 2. Le nom de *judex pedaneus*, en grec χαμαιδικαστής, exprime la situation inférieure de ces délégués (Lydus, *De magistr.*, III, 8). Ils n'ont pas de juridiction propre (Just., C., II, 47, 3); ce sont des auxiliaires des magistrats (Nov., 60, 2 pr.); on leur confie les affaires les moins importantes (*negotia humiliora* : Jul., C. Th., I, 16, 8). Il faut se garder de les confondre avec les délégués impériaux (*vice sacra judicantes*), qui sont de grands personnages et ont une délégation permanente.

(4) P. 72, 3 Le document le plus récent est relatif à l'un des consuls de 212 (*C. I. L.*, XIV, 2509).

(5) C. Th., VI, 4, 7; Boeth., *De consol.*, III, 4 : *Prætura magna olim potestas, nunc inane nomen et senatorii ordinis gravis sarcina.*

ciaires ont été transférées au préfet de la ville qui est le juge ordinaire à Rome et à Constantinople. Partout ailleurs le soin de rendre la justice appartient à des fonctionnaires de l'ordre administratif, aux gouverneurs des provinces. La réunion entre les mains d'un seul d'attributions si différentes (1) est d'autant plus remarquable que le principe de la réorganisation de l'empire, sous Dioclétien et Constantin, fut la séparation des diverses branches de l'administration. La justice fait seule exception, comme si les empereurs avaient voulu montrer qu'elle était rendue par leurs subordonnés.

Au-dessous des gouverneurs de provinces sont les magistrats municipaux et les *defensores civitatis*. Les premiers ont conservé quelques attributions judiciaires : ce sont eux vraisemblablement qui jugent les affaires de trop minime importance pour être portées devant le tribunal du gouverneur (2). Ils sont autorisés à présider aux affranchissements, à recevoir les demandes de *bonorum possessio*, les déclarations destinées à être enregistrées dans les actes publics (3). — Les *defensores civitatis* ont également une juridiction limitée aux *minores causæ*, d'une valeur de 50, puis de 300 sous d'or (4).

Il existe enfin quelques juridictions spéciales chargées de connaître des procès intéressant les militaires (5), les finances publiques (6) ou la religion. Au IV[e] siècle, la compétence des tribunaux ecclésiastiques pouvait même être prorogée sur la demande des plaideurs et appliquée aux affaires civiles. Depuis longtemps, il était d'usage, parmi les chrétiens, de soumettre leurs différends à leur évêque plutôt qu'aux magistrats. Constantin confirma cet usage et, pour montrer sa confiance dans la juridiction des évêques, il permit aux plaideurs de demander, au cours

(1) Faut-il conclure de cette réunion que les magistrats ont désormais des pouvoirs aussi étendus comme juges que comme administrateurs ? Ou bien a-t-on maintenu, pendant un temps plus ou moins long, certaines restrictions consacrées par la coutume? M. Girard (*Manuel*, 1055) pense que ces restrictions ont disparu au plus tard sous Dioclétien. Il nous est difficile d'accueillir cette manière de voir : le droit de citation directe et la faculté de rendre des jugements par défaut n'ont été attribués aux magistrats statuant en matière civile qu'à une époque tardive : ils n'apparaissent pas dans les textes avant Justinien (p. 876, 3 et 7).

(2) Honor., C. Th., II, 2, 8 pr., 2 (Italie).

(3) Constantin., C., VII, 1, 4; VI, 9, 9; Valent. I, C. Th., V, 13, 20 : *Magistratus aut quicumque in locis erit qui conficiendorum actorum habeat potestatem.* Cf., pour le *defensor*, Theod. II, C. Th., VIII, 12, 8.

(4) C., I, 55, 1 ; Nov., 15, 3, 4.

(5) La compétence des maîtres de la milice, ducs, comtes, dans les causes civiles où le défendeur tout au moins est militaire, a été admise, en 413, par Théodose II (C., III, 13, 6). Cf. Anast., C., XII, 36, 18 pr. ; Just., *Pro petit. Vigil.*, 23.

(6) Constantin., C., III, 26, 5.

d'une instance, leur renvoi devant l'évêque à qui appartiendra désormais la décision du litige (1). Cette règle exorbitante fut abrogée en Orient en 398, puis en Occident en 452 : l'évêque ne peut, dans les affaires civiles, jouer d'autre rôle que celui d'un arbitre (2).

III. Compétence. — Les règles sur la compétence n'ont pas été modifiées en principe, mais on a multiplié les tribunaux d'exception en faveur de certaines classes de personnes (3). Une règle nouvelle a été introduite par Théodose I[er] pour l'action en revendication, puis étendue par Justinien à toutes les actions réelles (4) : le magistrat compétent est celui du lieu où la chose est située (*forum rei sitæ*). Cette innovation s'explique par le changement de procédure : au Bas-Empire, les condamnations ne sont plus nécessairement pécuniaires ; en matière réelle, elles portent sur la chose ; il était tout indiqué d'attribuer compétence au magistrat le mieux placé pour veiller à l'exécution du jugement.

IV. Évocation. — Les règles sur la compétence sont parfois modifiées par l'effet d'une demande d'évocation : l'un des plaideurs sollicite de l'empereur le renvoi de l'affaire, soit devant un autre juge, soit devant le consistoire impérial. La demande est motivée tantôt par la difficulté de l'affaire, tantôt et plus souvent par la crainte de ne pouvoir obtenir justice, en raison de la puissance de l'adversaire ou de la partialité du juge. L'évo-

(1) C. Th., I, 27, 1. La première loi du recueil de Sirmond, adressée au préfet d'Orient Ablabius, attribue à Constantin deux autres innovations réalisées en 333 (Schulte, *Festschrift für Windscheid*, 1888) : 1° la sentence de l'évêque a l'autorité de la chose jugée ; les magistrats doivent en assurer l'exécution ; 2° tant que le jugement n'est pas rendu par le magistrat, le renvoi à l'évêque est de droit s'il est demandé par l'un des plaideurs et malgré l'opposition de son adversaire. L'authenticité de cette loi a été contestée par Godefroy, défendue par Hænel et Bethmann-Holweg ; elle est douteuse pour Krüger (*Gesch.*, 393). Les décisions qu'elle contient sont excessives ; mais ce qui en rend vraisemblable l'existence, ce sont les lois postérieures qui les ont d'abord en partie confirmées, puis abrogées. Tandis qu'en Orient la compétence des évêques en matière civile a été écartée, dès l'an 398, par Arcadius (C., I, 4, 7, adressée au préfet d'Orient), son collègue d'Occident, Honorius, confirme, en 408, la force exécutoire de leurs jugements (*ibid.*, 8, adressée au préfet d'Italie) : *Per judicum officia... definitioni exsecutio tribuatur*. C'est seulement en 452 que Valentinien III appliqua en Occident la règle déjà admise en Orient. Dans la novelle 34 pr., il insiste sur deux points : 1° l'évêque ne peut connaître que des affaires relatives à la religion *quoniam constat episcopos et presbyteros forum legibus non habere ;* 2° en toute autre matière, il ne peut statuer qu'à titre d'arbitre, en vertu d'un compromis. L'accord des parties est essentiel : *Si ambo... nolint, vel alteruter, agant publicis legibus et jure communi*. Cf., sur les destinataires de ces lois, Cuq, sur Borghesi, X, 201, 4 ; 285 ; 584 ; 620.

(2) En certains cas, la loi reconnaît à l'évêque un droit de surveillance sur les magistrats : déni de justice (Nov., 86), mauvais traitements envers les prisonniers (Honor., C. Th., IX, 3, 7 : Italie).

(3) Sénateurs, clercs, moines, soldats, etc.

(4) C., III, 19, 3 ; Nov., 69, 1.

cation n'est possible qu'avec l'autorisation de l'empereur (1). C'est une mesure grave non seulement parce qu'elle trouble le cours normal de la justice, mais aussi parce qu'elle impose à l'adversaire des frais énormes et l'oblige à quitter pour longtemps sa maison et sa famille et à plaider dans un lieu où il n'a ni ses titres ni ses témoins. Constantin refuse d'autoriser l'évocation contre les pupilles, les veuves, les malades, les faibles. Marcien prit une mesure plus radicale ; l'évocation était si fréquente au milieu du v[e] siècle, que la capitale était pleine de plaideurs venus des extrémités de l'Empire aussi bien que des provinces voisines. L'empereur espère mettre fin à cet abus en recommandant aux juges d'être plus sévères et plus intègres, et en décidant que l'évocation ne sera plus accordée, sauf le cas où l'on aurait pour adversaire un Puissant (2).

V. Lieu et temps consacrés a la juridiction. — Les audiences des magistrats ne sont pas publiques : en principe, elles se tiennent à huis clos. C'est une grave innovation : elle a d'abord été appliquée aux affaires les moins importantes ; puis, au v[e] siècle, le secret est devenu la règle générale : le public, exclu par des barrières ou des voiles, n'est admis qu'à titre exceptionnel (3). Assistent à l'audience les auxiliaires des magistrats et les parties, ainsi que les personnes qui, en raison de leur situation, ont leurs entrées au *secretarium* (4).

Le temps consacré à la juridiction fut réduit, dès le règne de Constantin, par la défense adressée aux magistrats de siéger le dimanche (5) ; ce fut une première brèche dans le régime établi sous Marc-Aurèle (p. 728, 9). Lorsque le culte païen fut définitivement aboli par Théodose I[er], il fallut établir à nouveau la liste des jours fériés : ceux qui rappelaient les souvenirs du paganisme furent supprimés ; on les remplaça par les jours des principales fêtes de la religion chrétienne (6). Ces jours-là, tout acte judiciaire ou d'exécution fut interdit à peine de nullité (7).

(1) Sanction : peine contre le plaideur et son avocat (Arcad., C. Th., II, 1, 9).
(2) C. Th., I, 22, 2 ; Nov. *Marc.*, I, 1. Cf. Monnier, *Etudes*, II, 64.
(3) Constantin., C. Th., I, 12, 1 ; Honor., C. Th., II, 1, 8, 3 ; II, 4, 7 ; XI, 7, 20 ; XIII, 9, 6 (Afrique) ; Lyd., *De mag.*, III, 37 ; Sid. Apoll., I, 2.
(4) Salv., *De gub. Dei*, III, 82. Voir cep. Honor., C. Th., I, 20, 1.
(5) C., III, 12, 3 ; C. Th., II, 8, 1.
(6) C. Th., *eod.*, 19. Godefroy évalue à 240 le nombre des jours non fériés.
(7) Leo, C., III, 12, 11 (Orient). Cf. Theod. II, C., I, 5, 5. On peut en tout temps affranchir ou émanciper.

CHAPITRE II

Les actions et la procédure.

I

LES ACTIONS ET LES AUTRES VOIES DE DROIT.

I. ACTIONS. — § 1er. *Suppression des formules et de l'*actionis impetratio. — La généralisation de la procédure extraordinaire n'a eu pour conséquence immédiate ni la suppression des formules, ni la disparition de l'obligation imposée au demandeur de spécifier l'action qu'il voulait exercer. On a continué pendant un demi-siècle à rédiger des formules dans le cas où le magistrat déléguait à un *judex pedaneus* le jugement d'un procès (1). Mais ces formules, toujours utiles pour faire connaître au juge la mission qui lui était confiée, n'avaient plus la même importance qu'à l'époque où la teneur en était arrêtée d'accord avec les parties, où elles conféraient au *judex privatus* un pouvoir propre sous des conditions déterminées : les irrégularités, s'il y en avait, ne devaient avoir aucune influence sur le sort du procès. Pour prévenir toute difficulté, Constance abolit les formules en 342, comme il avait aboli, en 339, les solennités des institutions d'héritier et des legs (2). — On conserva plus longtemps encore l'usage de demander au magistrat la permission d'exercer une action déterminée. A défaut de cette formalité, le défendeur opposait l'exception *non impetratæ actionis*. Ce droit lui fut retiré par Théodose II, en 428 (3).

§ 2. *Les actions sous Justinien.* — Le sens du mot action fut dès lors modifié : ce n'est plus une solennité à accomplir comme au temps des actions de la loi, ni le droit de s'adresser à un juge investi par le magistrat du *munus judicandi*, c'est la faculté de recourir à la justice publique pour faire respecter un droit méconnu et obtenir, s'il y a lieu, la réparation du préjudice causé (4). Mais, à la différence du droit moderne, on ne peut

(1) Papyrus du British Museum (I, 67) de l'an 328. Cf. GRADENWITZ, *Hermes*, XXVIII, 333 ; MITTEIS, XXXIV, 100.

(2) P. 847, 3; 858, 4. C., II, 57, 1 (Orient).

(3) *Ibid.*, 2 (Orient). Pour que l'action soit régulièrement intentée, il suffit que le magistrat constate qu'elle est *apta rei et proposito negotio competens*.

(4) La distinction de l'*actio*, donnée en vertu de la loi, et du *judicium*, donnée en vertu de l'Édit, a disparu. Le mot *actio* a remplacé le mot *judicium*, par

user de cette faculté que dans les cas où il existe une action appropriée. C'est là un vestige de la conception antique, une restriction dont on n'a pas réussi à s'affranchir.

On a même conservé des distinctions qui n'avaient qu'une raison d'être historique, comme celles des actions civiles et prétoriennes, *in jus* ou *in factum*, directes, utiles ou fictices, des *judicia* de droit strict ou de bonne foi. Ces distinctions sont d'ailleurs plus nominales que réelles (1); elles ont en partie perdu leur signification essentielle. Justinien range parmi les actions de bonne foi l'action *de dote*, résultant de la stipulation, contrat de droit strict, et la pétition d'hérédité qui est une action réelle. A l'inverse, il crée une nouvelle classe d'actions, celle des actions *mixtes* (2), conception doublement vicieuse, d'abord parce qu'elle s'applique à des actions de nature très différente, aux actions à la fois pénales et *rei persecutoriæ* (3), et aux actions divisoires; puis, parce que Justinien considère ces dernières comme étant à la fois réelles et personnelles : elles tendent, dit-il, à une condamnation pécuniaire et, en vertu de l'*adjudicatio*, à un transfert de propriété. Il confond une action attributive d'un droit nouveau avec une action déclarative d'un droit réel préexistant (4). Ces exemples, qu'il serait facile de multi-

exemple dans les expressions *actiones bonæ fidei* ou *stricti juris*, qui sont étrangères aux classiques. Cf. Windscheid, I, 46, 4; Gradenwitz, *Interpol.*, 103.

(1) C'est la remarque faite par les compilateurs dans un texte attribué à Paul (D., III, 5, 46, 1) et dont l'interpolation est depuis longtemps reconnue (Wissenbach, *Emblemata Triboniani*, 1633) : *Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est, maxime cum utraque actio ejusdem potestatis est, eumdemque habet effectum*. Cf. p. 640, 2; 808.

(2) Les classiques emploient parfois l'expression *actio mixta*, mais non pour désigner une classe d'actions. C'est un terme sans valeur technique dont se sert Ulpien pour caractériser les actions doubles (actions divisoires, interdits conservatoires), *in quibus uterque actor est* (D., XLIV, 7, 34, 2), ou les interdits à la fois prohibitoires et exhibitoires (D., XLIII, 1, 1, 1).

(3) Gaius (IV, 7 et 9) distingue les actions par lesquelles on réclame seulement *rem* ou *pœnam*, et celles où l'on demande à la fois *rem* et *pœnam*. Ces dernières comprennent les actions qui tendent à la réparation d'un préjudice et entraînent une condamnation au double en cas d'*infitiatio*, comme l'action de la loi Aquilia ; puis, d'après certains jurisconsultes, l'action *vi bonorum raptorum* (p. 472, 2), et d'après Julien, l'action *quod metus causa* (p. 484, 2). Sous Justinien, toutes ces actions sont qualifiées mixtes (Inst., IV, 6, 18-19). L'action de la loi Aquilia est mixte, même sans *infitiatio*, par cela seul que la chose avait une valeur supérieure dans l'année ou dans les 30 jours qui ont précédé le délit. Pour l'action *quod metus causa*, son caractère mixte résulte de l'interpolation de la partie finale de D., IV, 2, 14, 9 (Lenel, II, 464, 3) : Justinien consacre l'opinion de Julien qui exclut le cumul de l'action et de l'exception *q. m. c.* Si l'action était purement pénale, le cumul serait possible (p. 704).

(4) Inst., IV, 6, 20. L'erreur, commise par Justinien, a été reproduite par notre Code de procédure. Cf. Glasson, *Précis*, I, 141.

plier, prouvent que la théorie des actions a été déformée, mais non simplifiée (1). Sur un point, cependant, quant à la durée des actions, une très heureuse innovation a été réalisée.

§ 3. *Prescription extinctive des actions.* — En droit classique, un grand nombre d'actions étaient perpétuelles : sauf quelques exceptions, les droits garantis par la loi étaient imprescriptibles. Ce principe, juste en théorie, n'était pas sans inconvénients pratiques : permettre à un propriétaire, à un créancier, de faire valoir son droit après de longues années d'inaction, c'est non seulement troubler des situations acquises au profit d'ayants droit négligents, mais aussi imposer au juge la tâche difficile de discerner la vérité alors que les témoins sont peut-être morts, les titres égarés ou détruits. Dans l'intérêt de la paix publique (2), on a jugé utile de fixer un délai, passé lequel les demandes tardives seront écartées par une fin de non-recevoir appelée *præscriptio :* ce délai est de 30 ans, durée moyenne d'une génération. La prescription extinctive a été établie en Orient par Théodose II, en 424; vingt-cinq ans après, elle a été admise en Occident (3) : elle s'applique uniquement aux actions, tant réelles que personnelles, qui jusqu'alors étaient perpétuelles (4); les actions temporaires restent soumises aux règles anciennes (5).

(1) Justinien a conservé certaines actions au double, au triple, au quadruple, qui remontent à une époque où la loi fixait à forfait, à un multiple de la valeur du dommage, la peine encourue par l'auteur du délit. Il en a même créé de nouvelles (Inst., II, 19, 23, 24).

(2) Nov. *Val.*, 26, 3 : *Lex patris, qua humano generi profunda quiete prospexit;* Cassiod., *Var.*, V, 37 : *Tricennalis autem humano generi patrona præscriptio.*

(3) C., VII, 39, 3 ; Nov. *Val.*, 26 (cf. 34, 13). Sidoine Apollinaire atteste que la prescription n'était pas encore admise en Gaule en 449 (*Ep.*, VIII, 6). Cujas et quelques auteurs modernes (Accarias, II, 1148, 2) attribuent à Théodose I[er] la création de la prescription extinctive : l'inexactitude de cette opinion a été démontrée par J. Godefroy (C. Th., IV, 14, 1).

(4) Sont imprescriptibles : l'action par laquelle on réclame la qualité d'homme libre (Constantin., C., VII, 22, 3), ou par laquelle un maître réclame un colon (Just., C., XI, 47, 23 pr.); l'action du fisc pour le payement des impôts fonciers (Anast., C., VII, 39, 6). L'action hypothécaire est soumise à des règles spéciales : jusqu'au vi[e] siècle, elle se prescrit par 30 ans lorsque la chose hypothéquée est aux mains d'un tiers; elle est imprescriptible si elle est possédée par le débiteur ou par un créancier postérieur, le débiteur étant encore vivant : ce créancier est, dans ce cas, considéré comme un prête-nom. Cette imprescriptibilité de l'action hypothécaire était une anomalie : le débiteur, libéré de l'action personnelle au bout de 30 ans, restait indéfiniment tenu de l'action hypothécaire. La loi fut modifiée, mais pour une raison différente, parce que le but de la prescription était manqué : certains possesseurs restaient toute leur vie sous le coup d'une poursuite (*prope immortali timore*). En 525, Justin limita à 10 ans la survie de l'action hypothécaire à l'action personnelle (*ib.*, 7). Même restriction pour l'exercice du *jus offerendi* par le créancier postérieur : le délai est de 30 ou 40 ans, suivant la distinction qui précède.

(5) Justinien a fait une exception pour les mineurs de 25 ans : les prescriptions de moins de 30 ans ne courent pas contre eux (C., II, 41, 5).

La prescription est acquise à trois conditions : 1° que le droit d'agir ait pris naissance (*actio nata*). Ce sera lors de l'exigibilité de la créance, si l'action est personnelle (1); sinon, lorsqu'un tiers aura fait un acte qui implique la négation du droit du propriétaire; 2° que le délai de 30 ans soit écoulé (2). Ce délai ne court pas à l'égard de certaines personnes, telles que les impubères (3) ; on dit alors que la prescription est suspendue. Mais elle reprend son cours lorsque l'obstacle qui empêchait l'ayant droit d'agir en justice a disparu; 3° que la prescription n'ait pas été interrompue. Le mode normal d'interruption est l'exercice de l'action (4). On tient pour équivalent la reconnaissance de la dette résultant d'un payement partiel, ou d'un acte écrit (5), ou du payement des intérêts, la prise de possession, sans violence, de biens hypothéqués. L'interruption de la prescription n'a d'effet que pour le passé : elle n'empêche pas de commencer une nouvelle prescription (6).

(1) C., VII, 40, 1, 1 *d : Ex quo ab initio competit et semel nata est;* Justin., C., VII, 39, 7, 4.

(2) Le délai est de 50 ans pour la répétition des sommes perdues au jeu (C., III, 43, 1). En 530, le délai fut fixé à 100 ans pour les églises d'Orient (C., I, 2, 23). Après la conquête de l'Italie, la même faveur fut accordée aux églises d'Occident (Nov., 9). Le délai fut ensuite réduit à 40 ans (Nov., 111; cf. 131, 6). Sur ces variations de législation, voir l'explication de Procope (*Hist. arc.*, 28).

(3) Theod. II, C., VII, 39, 3, 1 *a*. La suspension fut admise par Justinien en faveur des fils de famille pour leurs biens adventices (C., VII, 40, 1, 2), des femmes mariées pour le recouvrement de leur dot (C., V, 12, 30, 2), pour l'héritier pendant qu'il fait inventaire (C., VI, 30, 22, 11).

(4) Just., C., VII, 39, 7 pr. : *Etiam per solam conventionem.* Il suffit même que la demande soit portée devant un arbitre (C., II, 55, 5, 3). Cf. p. 886, 1.

(5) *Ibid.*, 7, 5; VIII, 39, 4 pr. Un autre mode d'interruption a été établi par Justinien pour le cas où la prescription court au profit d'une personne qu'on ne peut citer en justice, tel qu'un absent, un *infans* sans tuteur, un fou sans curateur, un puissant : il suffit d'adresser une requête au gouverneur de la province, à défaut, à l'évêque ou au *defensor civitatis*. En leur absence, on affichera la requête au lieu du domicile du possesseur, après l'avoir fait signer par les *tabularii* ou par 3 témoins (C., VII, 40, 2). — En cas de péremption d'instance, l'action peut être renouvelée dans les 40 ans qui suivent le dernier acte de procédure.

(6) C'est une question célèbre que de savoir quel est l'effet de la prescription : est-ce l'action seule qui est éteinte? est-ce à la fois l'action et le droit qu'elle sanctionne? Aucune difficulté ne s'élève pour l'action réelle : le droit subsiste tant que la prescription acquisitive n'a pas eu lieu ; on peut le faire valoir contre tout possesseur autre que celui qui peut opposer la prescription de l'action. La question se pose pour les actions personnelles : à défaut de textes explicites, il paraît peu vraisemblable que la prescription change ici de caractère, et qu'elle soit non plus une fin de non-recevoir, mais un mode de libération (Cf. Savigny, *System*, V, 366; Dernburg, I, § 150 ; Maynz, I, 550; *contra :* Windscheid, I, § 112; Accarias, II, 1151, 2 ; Girard, p. 638, 2). L'intérêt de la question est de savoir si la prescription laisse survivre une obligation naturelle. On peut invoquer pour l'affirmative le but de la loi : Théodose a voulu empêcher le créancier d'agir lorsqu'il a trop longtemps négligé d'exercer son droit; c'est un sacrifice qu'il lui impose pour la paix publique; il serait excessif d'en conclure que le créancier est réputé avoir reçu satisfaction, et que le débiteur qui, renonçant à la prescription, paye sa dette, fait une donation.

II. Interdits. — Les interdits n'existent plus sous Justinien comme une voie de procédure distincte ; ils sont assimilés à des actions (1). Cette simplification serait, d'après les Institutes, une conséquence de la substitution de la procédure extraordinaire à la procédure par formules. Mais elle ne s'est pas produite immédiatement, car on a conservé jusqu'au v[e] siècle l'usage de demander un interdit (2); pendant fort longtemps la procédure des interdits a été plus rapide : avant Justinien, la demande s'introduit sans *litis denunciatio* (3). Même sous Justinien, le juge a le devoir de statuer promptement (4).

III. Exceptions. — La suppression de la procédure formulaire a enlevé aux exceptions leur principale raison d'être. Justinien les a cependant conservées, ainsi que les répliques (5), mais avec une portée et une signification différentes : ce sont des moyens de défense qui ont trait, les uns à la procédure, les autres au fond du droit. Dans la première classe rentrent les exceptions d'incompétence, de récusation, de nullité d'une demande irrégulière en la forme ou présentée par un incapable (6). La seconde classe comprend, comme autrefois, les moyens de défense qui, sans contredire la demande, servent à faire valoir un droit indépendant ; mais comme ils ne se distinguent plus, en la forme, des moyens de défense *ipso jure*, il est arrivé plus d'une fois à Justinien de les confondre.

Justinien a également conservé la division des exceptions en dilatoires et péremptoires : les premières doivent, comme autrefois, être proposées au début du procès; mais les autres peuvent l'être en tout état de cause, même en appel : c'est là une innovation qui est prouvée par l'interpolation d'un rescrit de Dioclétien (7). Une autre innovation concerne l'effet de l'exception dilatoire : le demandeur qui succombe peut renouveler la pour-

Mais cette obligation naturelle ne produira que des effets très restreints (p. 348), car le débiteur doit être *plenissima munitione securus* (Anast., C., VII, 39, 4, 2).

(1) Inst., IV, 15, 8 : *Perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.* Cela explique la fusion de l'interdit Salvien et de l'action Servienne, de l'interdit fraudatoire et de l'action Paulienne (p. 306; 489).

(2) Symmach., *Ep.*, X, 48.

(3) Valent. II, C. Th., II, 4, 5 (Italie); Arcad., *eod.*, 6 (Orient).

(4) Arcad., C., VIII, 1, 4 (Orient) ; Honor., C., VIII, 2, 3 (Espagne). Cf. Valent., C., III, 16, 1 ; Honor., C., III, 6, 3.

(5) Inst., IV, 13 et 14.

(6) Honor., C., VIII, 36, 13 (Afrique); Just., C., III, 1, 16; III, 5, 1; Gratian., C. Th., II, 2, 1 ; Inst., IV, 13, 11.

(7) C., II, 19, 19 ; VIII, 35, 8. D'après C., VII, 50, 2, cette règle remonterait, pour les exceptions péremptoires, à l'édit perpétuel; mais la phrase suivante rappelle la nécessité d'une restitution *in integrum* Ce texte a dû être remanié. Cf. Lenel, *E. P.*, I, 143; Accarias, II, 1082.

suite sans avoir à craindre l'effet extinctif de la *litis contestatio;* mais une loi de Zénon applique au créancier qui agit avant le terme la peine édictée contre ceux qui commettent une *plus petitio tempore :* le délai est doublé au profit du débiteur; le créancier ne peut renouveler sa demande avant d'avoir remboursé tous les frais du procès.

IV. In integrum restitutio. — L'*in integrum restitutio* tend à se confondre avec l'action (1), mais elle ne peut être accordée que par les magistrats qui ont une juridiction propre et par les *vice sacra judicantes*, à l'exclusion des *judices pedanei* et des magistrats municipaux. — La restitution n'est pas admise contre la prescription de 30 ou 40 ans; elle ne peut être demandée par un descendant contre son ascendant, par un affranchi contre son patron. La restitution pour absence légitime est réservée aux militaires en expédition (2). Le délai de la restitution fut modifié par Constantin en faveur des mineurs, puis, par Justinien pour les majeurs; l'année utile fut remplacée par un délai de quatre ans continus (3); on n'a plus à déduire les jours où le magistrat n'a pas rendu la justice.

II

LA PROCÉDURE.

Le trait caractéristique de la procédure au Bas-Empire, c'est l'absence de formes légales : ni formules, ni solennités analogues aux *legis actiones*. Le magistrat est libre : aucune règle ne lui est imposée pour la direction des débats, l'enquête ou le jugement. De là les abus précédemment signalés; de là aussi les différences nombreuses qui séparent la procédure extraordinaire des formes de procédure antérieurement usitées. Parmi ces différences, il en est deux qui doivent être dès à présent signalées : 1° l'intervention plus active du magistrat dans les diverses phases du procès, depuis l'introduction de l'instance jusqu'à l'exécution du jugement; 2° l'obligation pour les plaideurs de payer les frais de justice, qui jusqu'alors avaient été à la charge de l'Etat.

I. Citation en justice. — La *litis denunciatio* qu'on a vue apparaître à l'époque classique (p. 746), n'a définitivement remplacé

(1) Voir, pour l'action Paulienne, p. 489, 2. Just., C., II, 46, 3.
(2) Theod. II, C., VII, 39, 3, 1 *a.;* Just., C., II, 41, 2 ; II, 50, 8.
(3) P. 721. D'après C. Th., II, 16, 2, le délai était de 5, 4 ou 3 ans, suivant les régions.

l'*in jus vocatio* qu'au début du IV[e] siècle. Elle consiste en une notification de l'objet de la demande, adressée au défendeur, avec invitation à comparaître devant le magistrat dans un certain délai. C'est un acte extrajudiciaire, mais, pour en assurer la preuve, il ne suffit pas de le faire devant témoins : Constantin exige qu'il soit enregistré dans les actes d'un magistrat autorisé (1).

Ce mode de citation, usité aux IV[e] et V[e] siècles, n'existe plus sous Justinien; le procès s'ouvre par une requête adressée au juge et indiquant l'objet du litige (*libellus conventionis*) (2) ; si elle est accueillie favorablement, la citation est faite par un huissier (*executor*) sur l'ordre du juge et avec invitation à comparaître à bref délai (3). Le défendeur doit donner un reçu, faire connaître par écrit sa réponse (*libellus contradictionis*) et promettre sous caution de comparaître au jour fixé et de défendre au procès. A défaut de caution, le défendeur doit suivre l'huissier ; il reste sous sa surveillance pendant le cours du procès; au besoin, on l'enferme dans une prison publique (4). Il est en effet de règle, comme à l'époque antérieure, que les parties doivent comparaître en personne ou par un représentant (5).

II. PROCÉDURE CONTRE L' « INDEFENSUS ». — Le défendeur qui se cache frauduleusement ou qui, étant absent, n'a pas de représentant, est réputé *contumax :* après une triple sommation demeurée sans résultat (6), l'affaire est soumise au magistrat qui peut condamner ou absoudre le défendeur en son absence (7). C'est là une différence essentielle avec le droit antérieur : l'*indefensus* n'est pas de plein droit assimilé à un condamné. Dans le cas même où il est condamné, le jugement n'est pas définitif : le défendeur peut obtenir que l'affaire soit jugée à nouveau, à condition de rembourser les frais du procès et de fournir caution. En matière réelle, cette faculté ne lui est accordée que pendant un an; passé ce délai, il n'a que la ressource d'agir pour son

(1) P. 867, 3. C. Th., II, 4, 2 : Le délai de comparution est de plusieurs mois, peut-être quatre. Cf. C. Th., II, 6, 1; SYMMACH., *Ep.*, X, 59.

(2) INST., IV, 6, 24. Le demandeur doit signer sa requête, pour attester qu'il prend la responsabilité de la poursuite, et s'engager sous caution à suivre la procédure (Nov., 96 pr., 1 ; 112, 2). Cf. p. 761, 3. Pour les *possessores* et les illustres, on se contente d'une *cautio juratoria* (JUST., C., XII, 19, 12 pr.).

(3) Nov., 53, 3, 2. Le délai est d'au moins 20 jours.

(4) Nov., 134, 9. Exception pour les femmes et pour quelques privilégiés.

(5) *Procurator*. Le *cognitor* est encore mentionné au Code Théodosien (II, 12, 7) : il a disparu dans les compilations de Justinien.

(6) DIOCL., C., VII, 43, 9 Si l'on ne peut joindre le défendeur, on fait afficher les sommations (CONSTANTIN., C., III, 19, 2). Les trois sommations peuvent dans ce cas se réduire à une seule : *edictum peremptorium* (C , VII, 43, 8).

(7) Nov., 53, 4, 1 ; 69, 3 pr. Cf., sur les jugements par défaut et oppositions, Code de procédure, 149 à 165.

compte en prenant le rôle de demandeur (1). — Si le défendeur fait défaut après avoir reçu la citation, le demandeur a un recours contre la caution; en l'absence d'une caution, le magistrat fera arrêter le défendeur par un huissier (2).

III. Litis contestatio. — La *litis contestatio* se produit toujours au moment où le procès est lié entre les parties, où l'affaire est « en état ». Mais elle ne résulte pas d'un acte formel comme dans l'ancien droit, ni de l'acceptation de la formule comme en droit classique : elle a lieu dès que les deux parties ont posé contradictoirement leurs conclusions devant le magistrat (3). Après quoi elles jurent respectivement de ne pas agir par chicane, et leurs avocats le jurent à leur tour. La *litis contestatio* doit intervenir dans les deux mois qui suivent la requête; le demandeur qui tarde à donner suite à l'affaire doit payer au défendeur le double des frais exposés (4). — Il n'y a pas lieu à *litis contestatio* en cas d'aveu du défendeur, ou lorsqu'il oppose une exception dilatoire. L'aveu est admis en toute matière et non plus seulement pour une *certa pecunia;* Justinien a donné une portée générale à la règle : *certum confessus pro judicato est.*

La *litis contestatio* produit la plupart de ses anciens effets sous les réserves ci-après : 1° Trois de ses effets sont rattachés à la demande en justice : *a*) le *libellus conventionis* interrompt la prescription; *b*) il rend perpétuelles ou transmissibles les actions temporaires ou viagères (5); *c*) les plaideurs doivent respectivement s'engager sous caution à rester en cause jusqu'à la fin du procès : c'est un engagement éventuel pour le cas où la *litis contestatio* aurait lieu. On n'exige plus du défendeur à une action réelle, lorsqu'il plaide *suo nomine*, la caution *judicatum solvi de dolo* et *de re defendenda*. Cette caution n'est maintenue avec ses trois clauses que pour le *procurator*, mais elle est fournie par le mandant s'il est présent. Quant à la caution *de rato*, elle n'est exigée que du *procurator* dont le mandat n'a pas été enregistré dans les actes publics ou confirmé en justice par le mandant (6). — 2° L'effet extinctif de la *l. c.* est très atténué, sinon supprimé : il est exclu à l'égard des codébiteurs solidaires et des créanciers

(1) Just., C., VII, 39, 8, 3. Cf. Diocl., C., VII, 438.
(2) Ulp., 5 ad Ed., D., II, 5, 2, 1; Nov., 53, 4 pr.
(3) Just., C., III, 1, 14, 1 : *Cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem objectam.* La *narratio* est l'exposé de la demande; la *contradictio*, celui de la défense. — La règle est la même en droit moderne (C. Pr., 343).
(4) En vertu de l'engagement qu'il a pris *ad acta* (p. 876, 2).
(5) Theod., C., VII, 40, 3, 1; Arcad., C., I, 20, 1; Just., *eod.*, 2.
(6) Inst., IV, 11, 2-7. Cf. p. 755, 7. L'obligation de fournir caution a été imposée au demandeur plaidant *suo nomine* par Novelles, 112, 2.

à terme qui agissent avant l'échéance. Il l'est indirectement à l'égard des créanciers solidaires par suite de l'exception de litispendance si le procès intenté par l'un d'eux n'est pas encore jugé (1). Il en est de même si ce créancier fait défaut après la *l. c.*, et que le procès soit continué sur la demande de l'adversaire. Dans ces deux cas, l'effet extinctif est rattaché au jugement. Enfin, s'il y a péremption d'instance, l'affaire peut être reprise par l'un quelconque des créanciers. — 3° L'effet novatoire de la *l. c.* subsiste, mais n'a plus guère d'importance. Il subsiste, car Justinien a conservé les textes classiques qui admettent la transformation d'une action pénale résultant du délit d'un fils de famille en action *de peculio*, le transfert d'une action d'une personne à une autre en cas de *procuratio in rem suam* (2). Il a peu d'importance pratique, car le juge d'une action réelle peut condamner à la chose même et non à sa valeur pécuniaire; le cessionnaire de créance a une action utile avant même la *l. c.* — 4° L'objet de la demande peut être modifié au cours de l'instance : *a*) si une erreur a été commise en plus ou en moins, il est permis de la rectifier; on n'a plus à craindre la déchéance résultant de la *plus petitio*, ni l'exception *litis dividuæ* en cas de *minus petitio*. Cette innovation aurait dû coïncider avec l'abandon de la procédure formulaire, car la règle ancienne se rattache à la distinction des actions *certæ* et *incertæ*, qui ne se conçoit que dans cette procédure. Mais, par une singulière anomalie, la règle a toujours été conservée en Occident pour la *plus petitio*, et en Orient elle a survécu pendant près de deux siècles. Zénon l'a écartée pour la *minus petitio*, Justinien, pour la *plus petitio re, loco, causa :* mais, dans ce dernier cas, le demandeur est puni de la faute qu'il a commise en exagérant sa prétention : il doit payer le triple du dommage causé au défendeur. Quant à la *plus petitio tempore*, elle ne peut être rectifiée au cours du procès : le défendeur sera absous, mais le demandeur pourra renouveler sa

(1) Zeno, C., III, 10, 1; II, 2, 4. La question de savoir si la *litis contestatio* n'a plus d'effet extinctif est discutée. Cf. Labbé, sur Ortolan, III, 912.

(2) La cession de dettes se réalise, comme à l'époque classique (p. 540, 5), par une *defensio in rem suam*. On a soutenu qu'une simple convention suffit comme pour la cession de créances, pourvu que le créancier donne son adhésion (v. Blume, *Novation*, 1895; Coviello, *Arch. giur.*, LVII, 114). Mais le texte cité est du IIIe siècle (Sev., Car., C., II, 3, 2) et ne peut être interprété d'après les principes de la procédure du Bas-Empire; puis il ne prouve pas que la convention tacite entre les créanciers héréditaires et l'acheteur de l'hérédité ait une valeur juridique, car il est dit que l'acheteur défend au procès *spontanea voluntate*. Si, dans l'espèce, le rescrit en tient compte, c'est qu'il serait inique de permettre aux créanciers qui, sur l'indication de l'héritier, se sont adressés au débiteur, de se retourner contre l'héritier. Cf. Gaudemet, *op. cit.*, 138.

poursuite après un délai double du délai primitif ; à titre de peine, il ne pourra exiger les intérêts courus dans l'intervalle, et il devra rembourser au défendeur les frais de la première instance. *b*) Lorsque l'erreur porte sur l'objet du droit et qu'on réclame une chose pour une autre, la rectification est admise au cours du procès; c'est une simplification qui dispense le demandeur d'intenter une nouvelle action, mais qui se concilie mal avec l'intérêt du défendeur (1). — 5° La *litis contestatio* est le point de départ du délai de 3 ans fixé par Justinien pour la péremption de l'instance. L'action périmée n'est plus éteinte comme dans le droit antérieur : elle peut être renouvelée pendant 40 ans (2). — 6° Si l'une des parties fait défaut après la *l. c.*, on lui adresse trois sommations à dix jours d'intervalle : le refus de comparaître équivaut à un abandon de l'instance (*eremodicium contrahitur*) : le défaillant est traité comme un contumax, et le procès suit son cours à la requête de l'adversaire (3).

IV. Instruction du procès. — Aucune règle n'est imposée au magistrat pour l'instruction du procès. Son pouvoir arbitraire n'est restreint que pour les preuves à fournir par les plaideurs. La loi se défie de la *preuve par témoins :* elle prescrit de n'accueillir un témoignage que s'il est donné sous la foi du serment; de préférer celui d'un *honestior* à celui d'une personne de basse condition, parce qu'il est trop facile de l'obtenir à prix d'argent. En aucun cas, depuis Constantin, le témoignage d'une seule personne ne suffit : *testis unus, testis nullus.* Justinien est plus exigeant : lorsqu'une dette a été constatée par écrit, le débiteur n'est pas admis à prouver sans écrit qu'il a fait un payement total ou partiel, à moins qu'il ne produise cinq témoins honorables attestant sous serment que le payement a eu lieu en leur présence (4). La *preuve par titres* a une valeur décroissante suivant qu'il s'agit de titres enregistrés dans les actes d'un magistrat compétent, d'actes notariés ou d'actes privés. Les premiers ont une valeur absolue et la conservent indéfiniment (5) ; les seconds, rédigés par un *tabellio* sur la place publique, font foi en justice lorsque celui qui a écrit l'acte affirme sous serment

(1) Inst., IV, 6, 33-35. Dans un seul cas, on a maintenu la déchéance résultant de la *plus petitio :* lorsque par dol le créancier a exigé une *cautio* pour une somme supérieure à celle qui lui est due, et n'a pas rectifié sa demande avant la *l. c.* (C., III, 10, 3).

(2) Just., C., III, 1, 13, 1 ; VII, 39, 9. Cf. Constantin., C. Th., IV, 15, 1. La distinction des *judicia legitima* et *imperio continentia* a disparu, et avec elle les délais de la loi Julia (p. 758).

(3) Voir les détails de cette procédure dans Just., C., III, 1, 13.

(4) C. Th., XI, 39, 3; C., IV, 20, 18; Nov., 90, 2 et 8.

(5) Honor., C., VII, 52, 6 (Afrique).

qu'il est authentique (1). Les actes privés n'ont de valeur que si l'on a pris les précautions nécessaires pour en assurer la sincérité et pour éviter les falsifications : ils doivent être écrits devant témoins et porter la *subscriptio* du rédacteur et des témoins (2).

Chacune des parties doit prouver l'exactitude de ses assertions. Le magistrat peut, par ses questions, provoquer la révélation de faits de nature à faciliter la preuve : tel est le but des *interrogationes in jure* (3), dont le caractère est bien différent de celui qu'elles avaient à l'époque classique ; elles ne donnent plus lieu à une action *interrogatoria*. Le magistrat peut aussi déférer le serment à l'un des plaideurs qui est tenu de le prêter ou de le référer, sous peine de perdre son procès (4). C'est un serment nécessaire, mais dans un sens différent de celui que lui attribuait l'Édit : il peut être déféré en toute matière, au cours du procès, par le magistrat et par l'une quelconque des parties.

V. Jugement. — Trois différences séparent le droit nouveau du droit classique (5) : 1° la condamnation n'est plus nécessairement pécuniaire ; elle peut avoir pour objet la chose même que réclame le demandeur (6). La règle s'applique, dans la mesure du possible, aux actions réelles et même aux actions personnelles qui sanctionnent une obligation de faire (7); 2° la condamnation peut atteindre le demandeur aussi bien que le défendeur. Dans la procédure formulaire, c'était impossible, en raison des termes de la *condemnatio ;* avec la procédure extraordinaire, cette restriction aux pouvoirs du juge a disparu (8) ; 3° la

(1) Constantin., C., IX, 29, 21, 1 ; C., IV, 20, 16; Nov., 44, 1, 2; 1, 4. Sous Justinien, l'acte notarié n'a de valeur que s'il est *completum* et *absolutum* (C., IV, 21, 17). Ces mots désignent une double déclaration écrite par le tabellion et certifiant : 1° qu'il a rédigé l'acte et qu'il en garantit l'exactitude; 2° que les parties l'ont approuvé (Karlowa, I, 1001). D'après Brunner (*Zur Rechtsg. des röm. und germ. Urkunde,* I, 73), l'*absolutio* consisterait dans la remise du titre par l'une des parties à l'autre. Mais cette acception ne paraît conforme ni à l'explication des Basiliques (XXI, 1, 76, 2), ni surtout à la formule des actes : *Complevi et absolvi.*

(2) Règles spéciales pour les titres de créance et les quittances (Just., C., IV, 2, 17 ; Nov., 73, 1, 2).

(3) Constantin., C. Th., II, 18, 1; C., III, 1, 9.

(4) Just., C., IV, 1, 11 et 12. Cf. p. 751.

(5) Il y a aussi des différences de forme : 1° le jugement doit être rédigé par écrit (*libellus* ou *periculum*, Valent. I, C. Th., IV, 17, 1), en latin ou en grec (Arcad., C., VII, 45, 12); 2° lecture doit en être donnée par le magistrat en personne, à moins qu'il ne soit *illustris* (C., VII, 44, 2); 3° le jugement une fois rendu ne peut plus être modifié (C. Th., IV, 17, 5).

(6) Les actions arbitraires n'ont pas cependant disparu : elle ont encore l'avantage de permettre au demandeur de fixer la valeur du litige sous la foi du serment.

(7) Inst., IV, 6, 32; Just., C., VII, 45, 14 : *Aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare.*

(8) L'intérêt de la question se présente en cas de demande reconventionnelle : à l'époque classique, lorsque cette demande devait entraîner une condamnation supé-

partie qui succombe est condamnée aux frais du procès (1).

VI. Frais de justice. — Pendant longtemps la justice a été gratuite : les auxiliaires du magistrat recevaient de l'Etat leur rémunération. Mais l'insuffisance de la solde qui leur était allouée donna lieu à des abus ; les *officiales* prirent l'habitude d'exiger des plaideurs des gratifications pour les divers actes de la procédure. Ces actes étaient assez nombreux, car il était d'usage de dresser procès-verbal des déclarations des parties et des décisions des juges, à l'aide des notes recueillies à l'audience (2), et de les conserver à la disposition des intéressés. Vainement Constantin essaya-t-il de mettre un terme à ces prétentions illégales par la menace de peines très sévères; le désordre administratif ne permit pas de réprimer les abus, et telle était la pénurie du trésor, qu'on finit par autoriser une pratique qui dispensait l'Etat d'augmenter le salaire des gens de justice (3). On se contenta de la régulariser en fixant la taxe des actes judiciaires (4); Justinien y ajouta le salaire des *judices pedanei* (5).

VII. Voies de recours. — La voie de recours normale est celle de l'appel (6). Elle a reçu une portée générale depuis que les juges sont tous des fonctionnaires impériaux ou des délégués de ces fonctionnaires. En principe, on peut toujours interjeter appel de la décision d'un juge inférieur en s'adressant à son supérieur hiérarchique; seuls les préfets du prétoire jugent sans appel, mais on peut présenter une supplique à l'empereur pour

rieure au montant de la demande principale, le défendeur devait exercer une action contraire (p. 392, 8). Justinien (C , VII, 45, 14) attribue la nouvelle règle à Papinien, mais elle devait être restreinte au cas de *cognitio extraordinaria*. Cf. Appleton, *Compensation*, 233.

(1) Just., C., III, 13, 6. La règle apparaît au IIIe siècle dans la procédure extraordinaire (Ulp., *de off. proc.*, D., V, 1, 79 pr.). Cette obligation remplace en général la peine autrefois infligée aux plaideurs téméraires. Dans quelques cas seulement on a conservé la peine du double (Just., IV, 16, 1).

(2) Un délai de 3 à 5 jours était accordé pour la rédaction (C. Th., I, 12, 1).

(3) La profession devint très lucrative (Lyd., *De magistr.*, III, 25).

(4) C'étaient les sportules, dont le nom rappelle l'époque où les patrons, ne pouvant inviter à leur table tous leurs clients, leur remettaient leur ration dans une corbeille (*sportula*). Les sportules des gens de justice consistaient en denrées. Une inscription du règne de Julien (361-363) nous fait connaître les taxes à percevoir au tribunal du gouverneur de Numidie : ces taxes sont fixées en mesures de blé avec faculté d'en donner la valeur en argent (*C. I. L.*, VIII, 17896; Girard, *Textes*, 149). En Orient, la taxe était réduite pour les soldats, les clercs et autres privilégiés (Anast., C., XII, 36, 18, 2; Marc., C., I, 3, 25, 2; Leo, 33, 5). Etaient exempts de la taxe les pauvres (Nov., 17, 3), les avocats (Justin., C., II, 8, 2, 6), les évêques, l'église (Nov., 123, 28); la partie adverse jouissait de la même faveur (Anast., C., VII, 51, 6; XII, 19, 12, 4).

(5) Nov., 82, 9.

(6) La *revocatio in duplum* est tombée en désuétude : il n'en est plus question sous Justinien. L'*intercessio* a disparu avec le nouveau régime.

faire reviser le jugement (1). Depuis Justinien, on ne peut, pour une même affaire, former plus de deux appels (2). Deux restrictions ont été apportées à la règle générale : 1° l'appel n'est pas admis avant le jugement définitif; 2° l'appel peut être formé séance tenante et verbalement devant le magistrat qui vient de rendre le jugement, ou par écrit dans le délai de dix jours (3). Si le magistrat reçoit l'appel, il doit, dans les cinq jours, délivrer des lettres de renvoi (4); s'il le refuse, l'appelant s'adressera directement au juge d'appel, et, s'il obtient la réformation du jugement, le juge de première instance sera sévèrement puni (5). La peine encourue par l'appelant qui succombe a été aggravée par Constantin : si l'appelant est riche, deux ans de relégation et la confiscation de la moitié des biens ; s'il est pauvre, deux ans de travaux forcés dans les mines. Cette pénalité excessive n'a pas été maintenue par Justinien : il a reproduit au code un rescrit de Dioclétien qui prescrit une peine modérée (6).

L'appel à l'empereur est soumis à des règles spéciales ; il n'a jamais été admis que pour les affaires d'une certaine importance (7); puis, au Bas-Empire, il a pris le caractère d'une consultation demandée par le magistrat dont le jugement est attaqué : on dispense ainsi l'appelant de se rendre au siège de l'Empire et on lui épargne les frais de déplacement et de séjour. Communication lui est faite du rapport du magistrat, il répond par des observations écrites ; puis l'affaire est soumise au Consistoire impérial et résolue par un rescrit (8). Ce règlement fut modifié au milieu du ve siècle : Théodose II confia à une Commission composée du préfet d'Orient et du questeur du palais le soin de statuer dans les formes ordinaires sur les appels adressés à l'empereur. La *consultatio* n'a été maintenue que pour les appels des juges illustres et dans les affaires importantes ; les autres sont renvoyées à deux délégués (9).

(1) Valent. I, C., I, 19, 5 (Italie). La supplique donne lieu à une *retractatio* de l'affaire (Just., C., VII, 63, 5, 5). Elle doit être formée dans le délai de 2 ans après le départ du préfet qui a rendu le jugement (Nov. *Th.*, 13) et l'entrée en charge de son successeur. Si le même préfet est rappelé en charge deux ou trois fois, comme le furent Menas, Jean le Cappadoce, Barsyames en Orient, Solomon en Afrique, on lui adjoint le questeur du palais comme garantie d'impartialité (C., VII, 62, 35).

(2) Valent. I, C. Th., XI, 36, 18 ; Just., C., VII, 70, 1. Théodose Ier avait autorisé l'exécution provisoire du jugement rendu sur le 2e appel (C. Th. XI, 38, 1).

(3) Constantin., C., VII, 62, 1 ; Nov., 23 pr., 1.

(4) *Litteræ dimissoriæ, apostoli* (Marc., D., XLIX, 6, 1 pr.).

(5) Constantin., C. Th., XI, 30, 16 ; Theod. II, *eod.*, 67.

(6) Constantin., C. Th., I, 5, 3 ; Diocl., C., VII, 62, 6, 4.

(7) Just., C., VII, 62, 37 ; cf. Ulp., D., XLIX, 1, 10, 1.

(8) Constantin., C. Th., XI, 30, 1 ; 8 pr. ; 11 pr. ; Valent. III, C., I, 14, 2.

(9) C., VII, 62, 32.

VIII. Exécution des jugements. — Les jugements rendus par les magistrats sont exécutoires par la force publique : tel est le principe qui a de tout temps été observé dans la procédure extraordinaire. L'exécution ne peut avoir lieu que deux mois, sous Justinien quatre mois, après le jugement (p. 843, 3). Les voies d'exécution varient suivant l'objet de la condamnation et la situation du débiteur (1).

§ 1er. *Exécution en nature.* — Si le jugement ordonne de livrer une chose, de la restituer ou de l'exhiber, l'exécution sera assurée par les *officiales* du magistrat (2).

§ 2. *Pignus ex causa judicati captum.* — Si la condamnation est pécuniaire, le magistrat fera saisir un ou plusieurs des biens du condamné pour servir de gage au créancier. La saisie d'un gage était depuis longtemps l'un des modes de coercition employés par les magistrats : on l'a fait servir à l'exécution des jugements (3), et l'usage en a été réglementé par Antonin le Pieux, puis par Caracalla (4). A défaut de payement dans les deux mois, les biens seront vendus aux enchères par les soins des *officiales* qui ont fait la saisie. S'il ne se présente pas d'acheteur offrant un prix suffisant, le créancier peut se rendre adjudicataire, ou demander au magistrat que la chose lui soit livrée en payement de ce qui lui est dû : dans le premier cas seulement il conserve le droit de réclamer l'excédent de sa créance sur le prix ; dans le second, il est censé avoir transigé (5).

L'application générale du *pignus ex causa judicati captum*

(1) C., VII, 54, 2; 3, 1.

(2) Valent. I, C. Th., XI, 36, 25 : *Executoris opera.*

(3) Peut-on, par une clause spéciale, convenir qu'à défaut de payement à l'échéance, le créancier pourra saisir les biens de son débiteur comme en vertu d'un jugement? Cette clause, usitée en Grèce, conférait au créancier une sorte d'hypothèque générale. Divers rescrits paraissent y faire allusion : tel le rescrit de Sévère et Caracalla (C., VIII, 13, 3) qui a joué un rôle important au moyen âge en permettant aux glossateurs de justifier le droit du créancier de se faire justice, lorsqu'il avait conclu avec son débiteur un *pactum de ingrediendo.* D'autres rescrits montrent le créancier imprimant son cachet sur les biens du débiteur comme signe de son droit de gage (Prob., C., II, 161, 1; Nov., 60 pr. ; 1). Cet usage est réprouvé par la loi, mais il y a au moins un cas où il était licite : pour la créance de la femme en restitution de sa dot (Edit de Léon, préfet du prétoire sous Justinien : *Basiliques*, XXVIII, 9, 73; cf. Mitteis, *Reichsrecht*, 431).

(4) Callistr., D., XLII, 1, 31. On saisit d'abord les meubles, à défaut, ou en cas d'insuffisance, les immeubles, enfin les créances non contestées (Ulp., *eod.*, 15, § 2, 8, 9). Constantin, puis Honorius, ont défendu, dans un intérêt fiscal, de saisir séparément les esclaves, bœufs ou instruments affectés à la culture (C., VIII, 17, 7-8).

(5) Ulp., 25 ad Ed., D., XXI, 2, 50; 3 *de off. cons.*, XLII, 1, 15, 3; Alex., C., VIII, 23, 2; Gord., *eod.*, 3; Carac., C., VII, 53, 3. Le débiteur est garant de l'éviction dans la mesure du prix et des intérêts, déduction faite de la valeur des fruits perçus, et qu'il est dispensé de restituer (Gord., C., VIII, 45, 13; Hermog., D., XXI, 2, 74, 1).

marque un progrès notable dans l'histoire des voies d'exécution : limiter la saisie et la vente aux objets nécessaires pour assurer l'exécution du jugement était le meilleur moyen de concilier le droit du créancier avec l'intérêt du *judicatus* (1). Il n'est pas surprenant que la *bonorum venditio* ait disparu avec la procédure formulaire (2) : elle avait l'inconvénient d'obliger à saisir l'entier patrimoine du *judicatus*, quel que fût le montant de sa dette.

§ 3. *Bonorum distractio*. — La vente générale des biens du *judicatus* a été conservée, mais avec un caractère nouveau, dans deux cas : insolvabilité, cession de biens.

1° Lorsque plusieurs créanciers ont obtenu jugement contre un débiteur insolvable, ils peuvent demander d'être envoyés en possession de ses biens, à titre conservatoire. C'est ce qui a lieu ordinairement lorsque le débiteur se cache pour éviter la contrainte par corps (3). Cet envoi en possession profite à tous les créanciers, à ceux même qui n'ont pas encore obtenu jugement, pourvu qu'ils fassent liquider leurs créances; on leur accorde un délai de deux ou quatre ans, suivant qu'ils habitent ou non la même province que les envoyés en possession, après quoi ils n'ont de recours que contre le débiteur. Dans l'intervalle, les biens sont administrés, sur la demande de la majorité des envoyés en possession, par un curateur nommé par le magistrat (4). A l'expiration du délai de quatre ans, le magistrat fera vendre les biens par les soins du curateur (5) ; mais cette vente n'aura plus lieu en bloc comme dans l'ancienne *bonorum venditio* : c'est une vente en détail (*distractio*) au plus offrant. Il n'y a plus un acheteur unique, traité comme un successeur universel du débiteur commun, mais une série d'acheteurs qui sont libérés par le payement du prix entre les mains du curateur. Les créan-

(1) Ce *pignus captum* ne confère pas un droit réel : on ne saurait donc y voir l'origine de notre hypothèque judiciaire. Cf. BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *Traité des hypothèques*, II, 282.

(2) INST., III, 12 pr. ; cf. THEOPH., *ad h. l.* On a proposé une autre explication : la *b. v.* aurait pour but de substituer un débiteur à un autre, de le charger de défendre aux actions intentées par les créanciers ; elle n'avait de raison d'être qu'à une époque où l'on n'admettait pas les jugements par défaut ; elle a forcément disparu dans la procédure extraordinaire où le juge peut statuer en l'absence de l'intéressé (DERNBURG, *Ueber die emtio bonorum*, 1850 ; GIRARD, *Manuel*, 1034, 1054). Mais il n'est pas démontré que les jugements par défaut aient été possibles au Bas-Empire avant Justinien ; on ne saurait donc affirmer qu'il y a un rapport de cause à effet entre l'introduction de la procédure extraordinaire et la suppression de la *b. v.*

(3) JUST., C., VII, 72, 10. La *bonorum distractio* était, à l'époque classique, une faveur accordée par un Sc. aux débiteurs de rang sénatorial (D., XXVII, 10, 5 ; 9).

(4) ULP., 65 ad Ed., D., XLII, 7, 2 pr.

(5) Le curateur doit jurer qu'il a vendu au mieux et sans dol. Le serment doit être prêté en présence du *defensor civitatis*, des *tabularii* qui en donneront acte, du trésorier de l'église à qui il remettra le reliquat du prix s'il y a lieu (C., cit., 10, 3).

ciers n'ont contre eux aucune action; c'est pour cela qu'on oblige ceux qui n'ont pas obtenu jugement à faire liquider leurs droits avant la vente, en présence des envoyés en possession (1). — L'organisation de la *bonorum distractio* serait satisfaisante si le délai qui sépare l'envoi en possession de la vente n'enlevait aux créanciers tout espoir d'obtenir une prompte satisfaction. Il y avait là une mesure peu favorable au crédit.

2° Le droit d'invoquer le bénéfice de cession de biens a été étendu par Justinien aux fils de famille (2), mais, dès le IVe siècle, il a été restreint dans l'intérêt du fisc, puis de tous les créanciers : on le refuse aux débiteurs qui sont devenus insolvables par leur faute en dissipant follement leurs biens, ou qui ont caché des objets précieux pour les soustraire à leurs créanciers (3). La cession de biens est réservée aux débiteurs qui prouveront en justice que leur insolvabilité est due à un cas de force majeure (p. 52, 8), ou qui obtiendront de l'empereur le droit de l'invoquer (4).

§ 4. *Emprisonnement.* — L'emprisonnement du condamné qui n'a pas fait cession de biens est toléré par la loi (5), mais, depuis Théodose Ier, il ne peut avoir lieu dans une prison privée. Les magistrats ont seuls le droit de faire emprisonner un citoyen; le créancier qui usurpe cette prérogative est coupable de lèse-majesté (6). Malgré la rigueur de la loi, l'emprisonnement continua à être pratiqué; les magistrats n'osaient sévir contre les Puissants. Vainement Zénon essaya-t-il, en 486, de renouveler la loi de Théodose en menaçant de peines sévères les magistrats qui l'auraient laissé violer. Justinien en fut réduit à atténuer la peine édictée contre le créancier, espérant qu'on hésiterait moins à l'appliquer : le créancier sera enfermé dans une prison publique pendant le même temps qu'il a retenu son débiteur dans la prison privée; il sera en outre déchu de son droit (7). Ces dispositions donnent une singulière idée de l'état des mœurs dans certaines provinces. L'impuissance de la loi à mettre un terme

(1) *Ibid.*, 10, 1 : *Creditoribus... detinentibus suum debitum certum faciant* Les envoyés en possession peuvent opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ.* (C., IV, 30, 15).

(2) C., VII, 71, 7.

(3) GRAT., VALENT. II, C. Th., IV, 20, 1 (Italie). Cette loi, qui condamne les débiteurs au supplice, n'a pas été insérée au code de Justinien.

(4) JUST., *loc. cit.*, 8. Au lieu d'accepter la cession de biens, les créanciers peuvent accorder au débiteur malheureux un délai de 5 ans pendant lequel il évite la contrainte par corps.

(5) Saint Ambroise, *De Tobia*, 7, 26; 9, 33; 10.

(6) C. Th., IX, 11, 1 (Egypte); MARC., D., XLVIII, 4, 3.

(7) C., IX, 5, 1 et 2; cf. MONNIER, *Etudes*, II, 57.

à des pratiques abusives est une nouvelle preuve du désordre persistant dans l'administration de l'empire.

IX. Moyens extrajudiciaires de terminer un différend. — Le recours à la justice n'est pas le seul moyen de trancher les différends. On n'aurait qu'une idée imparfaite des mœurs et de la législation romaine si l'on ne prenait un aperçu des modes extrajudiciaires de prévenir ou de terminer un procès. Ces modes sont le compromis, le serment et la transaction.

§ 1er. *Compromis.* — Le compromis est une convention par laquelle deux personnes s'engagent à confier la décision d'un différend (1) à un ou plusieurs arbitres choisis d'un commun accord (2). Elles s'obligent par là même à prêter leur concours à l'accomplissement de la mission de l'arbitre et à se soumettre à sa sentence. Cette convention d'arbitrage est subordonnée à l'acceptation de l'arbitre (p. 457). Pour lui donner une valeur juridique, il était d'usage de la confirmer par des stipulations réciproques : chacune des parties promettait une peine en cas d'inexécution de son engagement (3). Sous Justinien, ces stipulations ne sont plus indispensables : la sentence est obligatoire pour les parties lorsqu'elles l'ont signée ou lorsqu'elles ne l'ont pas attaquée dans le délai de dix jours. Le contrevenant est passible d'une action *in factum* (4).

On peut faire un compromis en toute matière, à moins que la question ne touche à l'ordre public, à l'état des personnes, ou n'ait pour objet une restitution en entier (5). — La sentence arbitrale est irrévocable (6); elle n'est pas susceptible d'appel ni d'exécution forcée, car ce n'est pas un jugement (7). On ne peut refuser de l'exécuter en alléguant qu'elle est inique (8) : cette allégation ne saurait infirmer l'obligation qu'on a librement con-

(1) Paul, 2 ad Ed., D., IV, 8, 1 : *Compromissum ad similitudinem judiciorum redigitur et ad finiendas lites pertinet.* Cf. p. 873, 4.

(2) Sont incapables d'être arbitres ceux qui ne peuvent être juges : les mineurs de vingt ans (Callistr., D., IV, 8, 41), les femmes (Just., C., II, 55, 6), ceux qui ont un intérêt personnel dans l'affaire (Marc., 2 Reg., D., IV, 8, 51). Le fils de famille peut être arbitre *de re patris* comme il peut être juge (Gaius, *eod.*, 6). Celui qui a été désigné par le Préteur pour juger une affaire ne peut en connaître comme arbitre (Loi Julia *judiciaria*, ap. Ulp., *eod.*, 9, 2).

(3) P. 458. Cette peine est ordinairement pécuniaire; elle peut avoir un autre objet (Pomp., ap. Ulp., 13 ad Ed., D., IV, 8, 11, 2-3). A défaut de peine, la stipulation sera sanctionnée par une *condictio incerti* (Ulp., *eod.*, 27, 7; Paul, 28).

(4) C., II, 55, 5 pr. En 529, Justinien déclara obligatoire le compromis confirmé par serment (C., II, 55, 4, 1); mais, en 539, cette décision fut rapportée.

(5) Lab., D., IV, 8, 3 pr.; Jul., *eod.*, 32, 6; Paul, 32, 7; Just., C., II, 46, 3.

(6) Gaius, *eod.*, 20. Il s'agit de la sentence qui tranche le différend et non des décisions préparatoires (Cass., ap. Paul, *eod.*, 19, 2; cf. Ulp., 21).

(7) Elle n'entraîne pas non plus l'infamie (Ulp., 6 ad Ed., D., III, 2, 13, 5).

(8) Carac., C., II, 55, 1; Pius, ap. Ulp., D., IV, 8, 27, 2.

tractée d'accepter la décision de l'arbitre (1). Il en serait autrement s'il y avait eu dol (2).

§ 2. *Serment.* — Comme le compromis, le serment est une convention qui implique la renonciation gratuite à un droit prétendu ; mais cette renonciation est subordonnée à la décision de l'adversaire, et non à celle d'un arbitre. Le pacte de serment a été modifié dans son application : il ne peut plus avoir lieu en justice. C'est la conséquence de l'extension donnée au serment nécessaire qui peut être déféré en toute matière (p. 460, 4 ; 880).

§ 3. *Transaction.* — La transaction est une convention qui a pour but de terminer une affaire douteuse ou litigieuse moyennant des sacrifices réciproques (3). Elle ressemble au compromis et au serment en ce qu'elle suppose la renonciation à un droit prétendu. Elle en diffère à trois points de vue : 1° la renonciation n'est pas gratuite, elle exige des sacrifices réciproques, elle implique ordinairement la formation de rapports nouveaux entre les parties ; 2° elle peut intervenir en dehors de tout procès né ou possible : il suffit qu'il y ait un droit douteux ; 3° la décision de l'affaire est l'œuvre des parties elles-mêmes (4), et non d'un tiers comme dans le compromis, ou d'une seule des parties comme dans le serment.

La transaction est, de sa nature, un acte complexe : elle tend, suivant les cas, à créer ou à éteindre une obligation, à transférer la propriété. Mais comme elle est une simple convention, elle n'atteindra son but que par l'emploi des modes appropriés (stipulation, acceptilation ou pacte de remise, stipulation Aquilienne) ; on a fini par la traiter comme un contrat innommé (p. 445, 9). Au Bas-Empire, la transaction était parfois confirmée par un serment ; elle avait alors une énergie particulière : le parjure encourait l'infamie, la perte de son droit d'action et du bénéfice de la transaction ; il devait, en outre, payer la peine qui avait été convenue pour inexécution de la promesse (5).

On peut transiger sur toute sorte de droits dont on a la dispo-

(1) On a toujours le droit de porter l'affaire devant le tribunal, mais on doit payer la peine convenue pour violation de l'engagement contracté (Paul, *eod.*, 30).

(2) On paralyserait l'action résultant du compromis par l'*exceptio doli*. On pourrait même, si l'on avait eu la précaution d'inscrire dans la stipulation la clause de dol, exercer l'action *ex stipulatu* contre l'auteur du dol (Ulp., *eod.*, 31 ; Carac., ap. Paul, *eod.*, 32, 14).

(3) Ulp., 50 ad Ed., D., II, 15, 1 ; Diocl., C., VI, 31, 3.

(4) Certaines personnes peuvent transiger pour autrui : le tuteur chargé de la gestion (Jul., 22 Dig., D., XLVII, 2, 57, 4), le curateur (Gaius, 13 ad Ed. prov., *eod.*, 55, 5), le *procurator omnium bonorum* (Ulp., 4 ad Ed., D., II, 14, 12). Paul (D., III, 3, 60) parle sans doute d'un *procurator ad litem*.

(5) Arcad., C., II, 4, 41.

sition (1). Sont donc exclues les transactions sur l'état des personnes : par exception, Anastase a permis la transaction faite par un esclave ou un colon, lorsqu'elle est favorable à la liberté (2). Les transactions sur des aliments non échus sont soumises à une restriction : elles doivent être autorisées par le magistrat à peine de nullité. On a voulu protéger l'ayant droit contre la tentation de sacrifier l'avenir pour un léger avantage qu'il obtiendra immédiatement (3).

La transaction produit un effet analogue à celui d'un jugement : elle met fin à un différend (4). Mais cette ressemblance purement extérieure ne doit pas faire méconnaître les différences qui les séparent : le jugement, par exemple, est déclaratif, la transaction peut créer un droit nouveau ; le jugement est sanctionné par l'action *judicati*, la transaction n'a par elle-même aucune valeur juridique; le jugement, au Bas-Empire, n'éteint pas le droit *ipso jure*, mais grâce à l'exception de chose jugée; la transaction réalisée par une stipulation Aquilienne l'éteindra *ipso jure;* enfin la transaction peut, comme toute convention, être attaquée pour cause d'erreur (5), de dol ou de violence (6); mais la découverte de nouveaux documents ne suffirait pas, à moins qu'ils n'aient été retenus frauduleusement par l'adversaire (7).

(1) C., II, 4, 43. Cf., sur l'interprétation de ce texte, Accarias, *De la transaction*, 1863, p. 60; Bertolini, *Della transazione*, 1900, p. 140.

(2) Un texte de Gaius (D., II, 15, 6) a donné lieu de penser qu'on ne pouvait transiger sur les droits résultant d'un testament sans avoir vu et examiné les termes du testament; mais ce texte est extrait du *lib.* 17 *ad Ed. prov.*, où Gaius s'occupait des conditions requises pour obtenir communication d'un testament. Il s'agit donc d'un empêchement et non d'une défense établie par la loi.

(3) Gord., C., II, 4, 8. Un Sc. du temps de Marc-Aurèle avait exigé l'autorisation du magistrat pour les conventions à titre onéreux relatives à des aliments non échus et dus en vertu d'un acte à cause de mort (Ulp., D., II, 15, 8). Cette dernière restriction a disparu dans le rescrit de Gordien.

(4) Diocl., C., II, 4, 20.

(5) Par exemple, on s'est servi de documents dont la fausseté est reconnue (Leo, C., II, 4, 42).

(6) *Consult. vet. jcti*, I, 12. Même décision de Valentinien Ier si la transaction a été extorquée par la crainte d'un Puissant (*ibid.*, IX, 5).

(7) Diocl., C., II, 4, 19.

ERRATA

Page 36, ligne 17, après : autorité, ajoutez (p. 760, 1).
— 77, 3, ajoutez à la fin : voir p. 658, 1.
— 95, 5, dernière ligne, au lieu de : XXIV, 3, lisez : XXIV, 2.
— 117, dernière ligne, au lieu de : *capites*, lisez : *capitis*.
— 118, ligne 2, au lieu de : gentilicité, lisez : gentilité.
— 160, 3, ajoutez à la fin : voir p. 797, 1.
— 162, 9, ligne 1, au lieu de : *eod.*, 6, lisez : D., XXVI, 3, 6.
— 162, 9, ligne 2, ajoutez : cf. p. 799, 1.
— 220, ligne 13, au lieu de : *Application*, lisez : *Applications*.
— 261, 4, dernière ligne, au lieu de : IV, 19, 1, lisez : IV, 18, 1.
— 326, 7, ligne 1, au lieu de : XIII, lisez : XI.
— 328, 4, ajoutez à la fin (D., L, 1, 25).
— 335, 6, au lieu de : 1, 3, lisez : 1, 4.
— 342, 1, ligne 14, au lieu de : XLI, 49, lisez : XLI, 2, 49.
— 346, 3, ligne 3, avant-dernier mot, lisez : interpolation.
— 388, ligne 9, au lieu de : § 6, lisez : § 7.
— 389, ligne 26, au lieu de : § 7, lisez : § 8.
— 429, ligne 18, ajoutez à la fin : voir p. 834, 2.
— 434, ligne 3, au lieu de : 594, lisez : 574.
— 444, et *passim*, au lieu de : innomés, lisez : innommés.
— 482, 2, dernière ligne, au lieu de : 918, lisez : 218.
— 512, 1, ligne 3, au lieu de : avait, lisez : aurait.
— 518, ligne 19, supprimez : ne.
— 597. La note 2 : ULP., D., XXVIII, 6, 4 pr., a été placée par mégarde à la fin de la note 1.
— 604, 5. Le point-virgule de la ligne 5 doit être placé ligne 4, après : *constitutio*.
— 639, 1, au lieu de : 62 pr., lisez : 6, 2 pr.
— 732, 1, ligne 4, supprimez le point-virgule.
— 754, 1, au lieu de : *spectandum*, lisez : *spectandam*.
— 840, 6, ajoutez à la fin : voir p. 529, ligne 8.
— 877, 6, ligne 2, au lieu de : Novelles, lisez : Nov.

TABLE DES MATIÈRES [1]

DEUXIÈME PARTIE

LE DROIT CLASSIQUE

LIVRE PREMIER

FORMATION DU DROIT CLASSIQUE.

CHAPITRE PREMIER.

LA NOTION DU DROIT. SES RAPPORTS AVEC L'ÉTAT SOCIAL.

CHAPITRE II.

LES MODES DE FORMATION DU DROIT.

(1) Dans le corps de l'ouvrage, les renvois au premier volume sont indiqués de la manière suivante : (I, 465, 3) = tome Ier, page 465, note 3. Les renvois qui ne sont pas précédés du chiffre I se rapportent au second volume : (p. 44, 9) = page 44, note 9. — Pour les autres abréviations, voir t. Ier, p. xxxi, 1.

CHAPITRE III.

LA JURISPRUDENCE.

CHAPITRE IV.

LIVRE II

LES PERSONNES.

CHAPITRE PREMIER.

DES PERSONNES LIBRES ET INDÉPENDANTES.

CHAPITRE II.

DES PERSONNES PLACÉES SOUS LA DÉPENDANCE D'AUTRUI.

CHAPITRE III.

DES PERSONNES EN TUTELLE OU EN CURATELLE.

CHAPITRE IV.

LES PERSONNES JURIDIQUES.

LIVRE III

LE PATRIMOINE ET LES DROITS RÉELS.

CHAPITRE PREMIER.

LE PATRIMOINE.

CHAPITRE II.

LA PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE III.

LA POSSESSION.

CHAPITRE IV.

MODES D'ACQUÉRIR LA PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE V.

PERTE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE VI.

PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ.

CHAPITRE VII.

DROITS RÉELS SUR LA CHOSE D'AUTRUI. LES SERVITUDES.

CHAPITRE VIII.

LA SUPERFICIE.

CHAPITRE IX.

DROIT DU FERMIER D'UN « AGER VECTIGALIS ».

CHAPITRE X.

L'HYPOTHÈQUE.

LIVRE IV

LES OBLIGATIONS.

CHAPITRE PREMIER.

NATURE ET SOURCES DES OBLIGATIONS.

CHAPITRE II.

LES CONTRATS.

CHAPITRE III.

CONTRATS SOLENNELS.

CHAPITRE IV.

CONTRATS RÉELS.

CHAPITRE V.

CONTRATS CONSENSUELS.

CHAPITRE VI.

CONTRATS INNOMMÉS.

CHAPITRE VII.

« LEGES CONTRACTUS ». PACTES ADJOINTS AUX CONTRATS. PACTES PRÉTORIENS.

CHAPITRE VIII.

LES DÉLITS.

CHAPITRE IX.

OBLIGATIONS IMPOSÉES PAR LA LOI.

CHAPITRE X.

EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

CHAPITRE XI.

CESSION DES CRÉANCES.

CHAPITRE XII.

CAUTIONNEMENT.

CHAPITRE XIII.

INEXÉCUTION DES OBLIGATIONS.

LIVRE V

LES SUCCESSIONS A CAUSE DE MORT.

CHAPITRE PREMIER.

SUCCESSIONS A TITRE UNIVERSEL ET SUCCESSIONS A TITRE PARTICULIER.

CHAPITRE II.

DES SUCCESSIONS TESTAMENTAIRES.

CHAPITRE III.

DES SUCCESSIONS AB INTESTAT.

CHAPITRE IV.

ACQUISITION DES SUCCESSIONS.

CHAPITRE V.

PARTAGE DES SUCCESSIONS ET « COLLATIO BONORUM ».

CHAPITRE VI.

SANCTION DU DROIT HÉRÉDITAIRE.

CHAPITRE VII.

LEGS.

CHAPITRE VIII.

FIDÉICOMMIS.

CHAPITRE IX.

DONATIONS.

LIVRE VI

LES ACTIONS ET LA PROCÉDURE.

CHAPITRE PREMIER.

LES ACTIONS ET LES AUTRES VOIES DE DROIT.

CHAPITRE II.

ORGANISATION JUDICIAIRE ET PROCÉDURE.

TROISIÈME PARTIE
LE DROIT DU BAS-EMPIRE

LIVRE PREMIER
FORMATION DU DROIT.

CHAPITRE PREMIER.
L'ÉTAT POLITIQUE, SOCIAL ET ÉCONOMIQUE DU BAS-EMPIRE.

CHAPITRE II.
LE DROIT ET LA JURISPRUDENCE.

LIVRE II
LES PERSONNES.

CHAPITRE PREMIER.
LA CAPACITÉ JURIDIQUE.

CHAPITRE II.
LA FAMILLE ET LE MARIAGE.

CHAPITRE III.
LA PUISSANCE PATERNELLE.

LIVRE III

LE PATRIMOINE.

CHAPITRE PREMIER.

PROPRIÉTÉ ET DROITS RÉELS SUR LA CHOSE D'AUTRUI.

CHAPITRE II.

LES OBLIGATIONS.

CHAPITRE III.

LES SUCCESSIONS A CAUSE DE MORT.

CHAPITRE IV.

LEGS. FIDÉICOMMIS. DONATIONS A CAUSE DE MORT.

LIVRE IV.

ORGANISATION JUDICIAIRE ET PROCÉDURE.

CHAPITRE PREMIER.

ORGANISATION JUDICIAIRE.

CHAPITRE II.

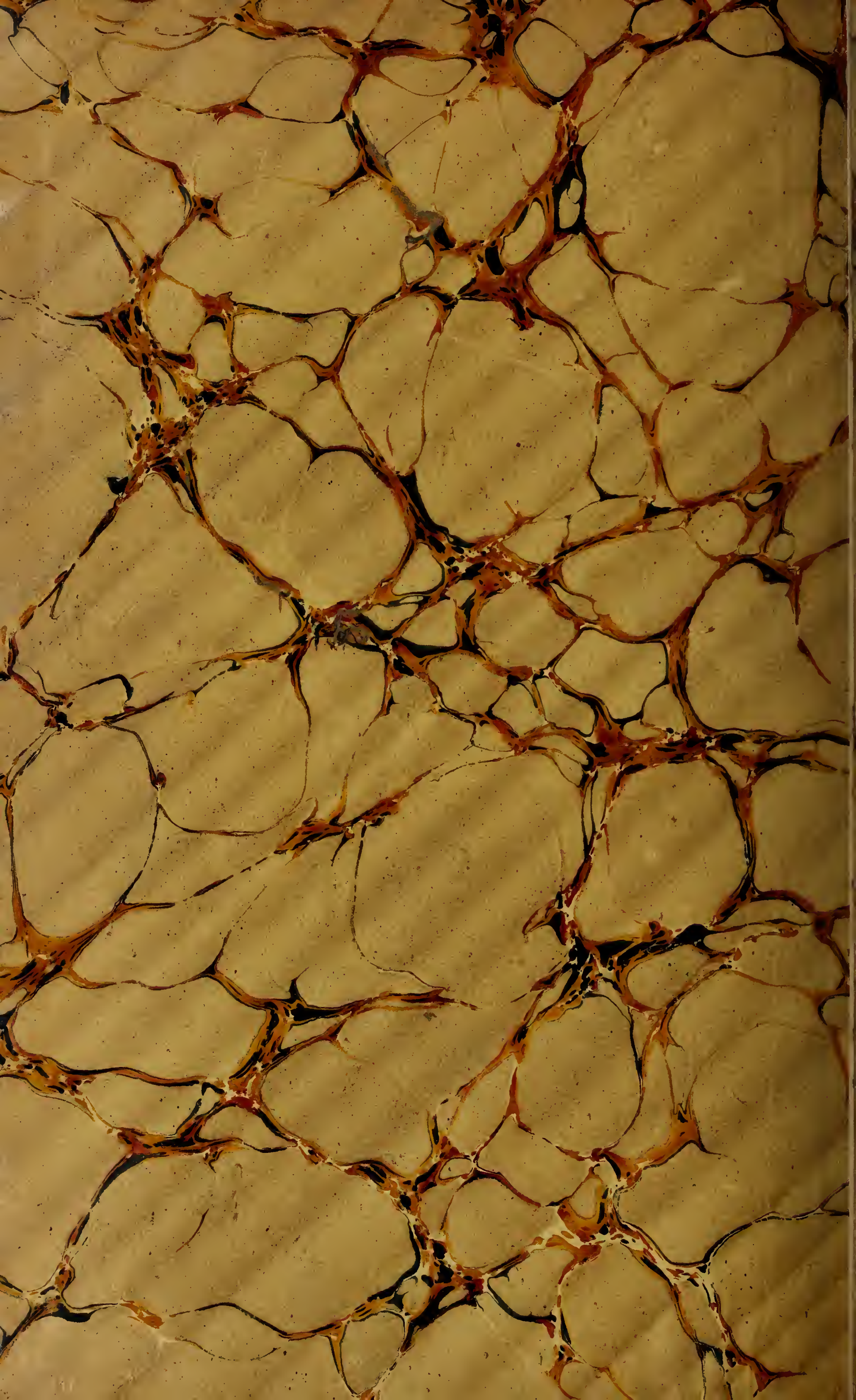
LES ACTIONS ET LA PROCÉDURE.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.

PARIS. — TYPOGRAPHIE PLON-NOURRIT ET Cie, RUE GARANCIÈRE, 8. — 2213.

INDEX ALPHABÉTIQUE [1]

(1) Les chiffres, séparés par un point, indiquent la page; ceux qui sont séparés par une virgule, indiquent la note d'une page. — La série des renvois au tome II est précédée du chiffre 2. Tous les autres renvois s'appliquent au tome Ier (2e édition). — Les astérisques désignent les principaux renvois.




PLEASE DO NOT REMOVE
CARDS OR SLIPS FROM THIS POCKET
UNIVERSITY OF TORONTO LIBRARY
Rom
Law
C974i
v.2
Cuq, Edouard
Les institutions ju-
ridiques des romains

